

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO PELÁEZ COVATTI

**A DICOTOMIA DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: A ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Florianópolis

2018

Eduardo Peláez Covatti

**A DICOTOMIA DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: A ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

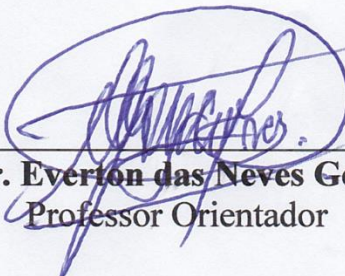
Florianópolis

2018

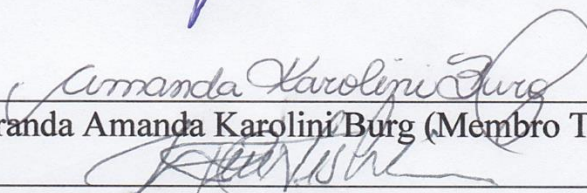
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **A DICOTOMIA DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**", elaborado pelo acadêmico **Eduardo Peláez Covatti**, matrícula nº 1061321, defendido em **20/09/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,5 (ótimo), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

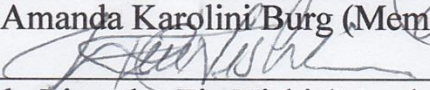
Florianópolis, 20 de setembro de 2018.



Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Professor Orientador

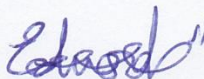


Mestranda Amanda Karolini Burg (Membro Titular)



Doutorando Lisandro Fin Nishi (Membro Titular)

Mestrando Reinaldo Denis Viana Barbosa (Membro Suplente)





Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Eduardo Peláez Covatti

RG: 1082864164

CPF: 027.844.350-60

Matrícula: 10101321

Título do TCC: **A DICOTOMIA DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Orientador(a): Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Eu, Eduardo Peláez Covatti, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 20 de setembro de 2018.

Eduardo Peláez Covatti

À minha mãe incansável em suas ações e orações.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida, a toda minha família em especial meus pais Rui e Marta e meus irmãos Luís Fernando e Felipe pela presença constante ao longo da minha vida, pela participação e incentivo que sempre me proporcionaram na busca do conhecimento.

Ao meu orientador, Professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, um agradecimento muito especial, pela competência, disponibilidade e, principalmente, pela paciência demonstrada.

Agradeço aos meus amigos e parentes, que sempre me deram força e um ombro, fosse pra rir ou chorar. Impossível seria citar todos, porém igualmente impossível seria deixar de citar minha avó Deolinda, meu avô Atahualpa (*in Memoriam*), minhas tias-ávós Lourdes e Irís, meus tios Jacinto, Rafael, Fernando, Dante e Roberto. Meus primos Nazim, Ulises, Nicolas e Joseane. Meus amigos Nilton Rodrigues, Rafael Remedi e Fernando Diaz e minha cunhada Adrianna.

Enfim, a todos os professores, colegas e demais pessoas que fizeram parte da minha vida acadêmica e que contribuíram direta ou indiretamente para minha construção como profissional do Direito.

Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra. (TIMM, 2014, p. 28)

RESUMO

A origem do que atualmente se conhece como Análise Econômica do Direito (AED) remonta ao realismo jurídico norte-americano que, percebendo a tentativa fracassada do positivismo purista pensado por Hans Kelsen de codificar todo o Direito, se viu na obrigação de incluir, como um ramo de seus estudos, a influência das normas na realidade econômica e vice-versa. A partir dessa interdisciplinaridade entre Direito e Ciência Econômica começaram a despontar várias teses distintas de como estas duas áreas do conhecimento deveriam interagir para estabelecer um Estado Democrático de Direito com o menor custo possível para seus cidadãos. Posto que tem como base a aplicação de métodos, critérios e técnicas da Microeconomia para interpretar e compreender os institutos jurídicos, questiona-se: O instrumental jurídico-econômico da AED pode ser aplicado aos ordenamentos positivistas (*Civil Law*)? Ou seria exclusividade dos ordenamentos baseados na jurisprudência (*Common Law*)? Ou seja, há espaço no Direito brasileiro para os institutos da Ciência Econômica serem aplicados ao Direito?

O presente trabalho visa, portanto, analisar como a dicotomia Direito e Economia vem interagindo no Sistema Jurídico Pátrio, ademais de demonstrar como a AED, especialmente a tese tradicional da Escola de Chicago, pode ser muito útil aos operadores do Direito no Brasil, em virtude de que a utilização de instrumentos da Ciência Econômica, tal como a eficiência, como critérios objetivos do sistema ético-normativo aumenta os graus de previsibilidade e de segurança das relações jurídicas. Conclui assim, pela possibilidade fática de aplicação da AED na *Civil Law*.

O método de abordagem a ser utilizado será o método dedutivo, o de procedimento será o método monográfico e, a temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Escola de Chicago. Eficiência. Justiça. Direito. Economia.

ABSTRACT

The origin of what is now known as Law and Economics goes back to the American legal realism, which, perceiving the failed attempt of the purist positivism thought by Hans Kelsen to codify the whole Law, was forced to include, as a branch of its studies, the influence of norms on economic reality and vice versa. From this interdisciplinarity between Law and Economic Science began to emerge several distinct theses on how these two areas of knowledge should interact to establish a legal democratic state with the lowest possible cost to its citizen.

Since it is based on the application of methods, criteria, and techniques of the Microeconomics to interpret and understand the legal institutes, it is questioned: Is the legal-economic instrument of Law and Economics applicable to Civil Law? Or would it be exclusive to the Common Law? That is, is there room in Brazilian Law for the institutes of Economic Science to be applied to the Law?

The present paper aims, therefore, to analyze how the dichotomy Law versus Economics has been interacting in the Brazilian Legal System, in addition to demonstrate how Law and Economics, especially the traditional thesis of the School of Chicago, can be very useful to the operators of Law in Brazil, since the use of Economic Science instruments, such as the efficiency, as objective criteria of the ethical-normative system increases the predictability and safety degrees of legal relationships. It concludes thus, by the factual possibility of applying Law and Economics in Civil Law.

The method to be used will be the deductive method, the procedure will be the monographic method, and the thematic will be developed through the technique of indirect documentation, involving bibliographic research.

Keywords: Law and Economics. School of Chicago. Efficiency. Justice. Law. Economy.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	SIMBIOSE ENTRE DIREITO E ECONOMIA.....	11
1.1	KARL MARX	14
1.2	RUDOLF STAMMLER.....	17
1.3	DIREITO ECONÔMICO.....	20
1.4	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	23
2	ESCOLAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	29
2.1	ESCOLA DE CHICAGO	31
2.1.1	Teorema de Coase	34
2.1.2	Teorias de Eficiência: Pareto, Kaldor-Hicks e PEES	37
2.2	ESCOLA NEOINSTITUCIONAL.....	41
2.3	ESCOLA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	44
2.4	<i>CRITICAL LEGAL STUDIES</i>	47
3	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL	52
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar estudo explicativo sobre a Análise Econômica do Direito (AED), que pode ser entendida como visão do fenômeno jurídico através da Economia, verificando como o Direito influencia na realidade econômica e vice-versa durante a história e atualmente.

O diálogo entre Direito e Ciência Econômica foi enriquecendo-se primeiramente no Sistema Norte-americano, no qual estudos relacionando as duas áreas do conhecimento foram desenvolvidos, principalmente a partir do Século XX. O surgimento da AED se deu em meio ao descontentamento com o positivismo jurídico purista que vinha triunfando desde a consagração do Iluminismo. Sendo assim, ganhou cada vez mais adeptos porque, diversas ciências sociais se mostravam como importantes aliadas para solucionar os problemas jurídicos contemporâneos, com destaque para a Ciência Econômica em seu ramo da Microeconomia.

“Economia é o estudo das escolhas feitas pelas pessoas diante de situação de escassez.” (MENDES, 2004). Ou seja, é a Ciência que estuda a gestão da escassez, a tomada de decisão em situações nas quais bens disponíveis para determinados fins são escassos. Note-se que a Ciência Econômica não tem como fim último de seu estudo, portanto, atividades como a agricultura, indústria, comércio, turismo, etc. Mas sim um aspecto do comportamento humano, que deriva da influência que sobre ele exerce a escassez. Tal estudo, por conseguinte, pode ser vislumbrado de maneira positiva ou normativa. No primeiro caso, estuda-se como as pessoas realmente agem em condições de escassez; como elas alocam, de fato, seus recursos limitados. No segundo trata-se de fazer julgamentos sobre o que deve ser feito, sobre como as pessoas devem usar seus recursos para maximizar a satisfação de certos fins.

Outrossim, o Direito como leciona Reale (2002, p. 17) tem como fim último de seus estudos o comportamento humano:

A Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de ciência, tanto como o da Grécia de nossos dias. Não há, em suma, Ciência do Direito em abstrato, isto é, sem referência direta a um campo de experiência social.

Vale registrar que a AED coloca problemas legais como problemas econômicos, uma vez que é razoável supor que as pessoas desejem eficiência do ordenamento jurídico para maximizar seu bem-estar. Sendo assim, através da AED é possível perceber, portanto que as normas jurídicas interferem na realidade econômica e vice-versa e que o Direito com a tentativa

de codificar em um ordenamento positivo todas as searas do âmbito legal se viu na obrigação de incluir como um ramo de seus estudos a dicotomia Direito e Economia.

A partir daí começam a despontar várias vertentes distintas de como o Estado com o seu poder cogente deveria intervir na realidade econômica para estabelecer um Estado Democrático de Direito com o menor custo possível ao cidadão.

Pretende-se, portanto, por meio desta monografia, discorrer acerca da dicotomia Direito e Economia no Brasil, apresentando as vertentes históricas do pensamento jurídico-econômico bem como as principais Escolas (enfoques) da AED, e como estão sendo recepcionados e aplicados no ordenamento pátrio.

Com o objetivo de satisfazer tais indagações, o trabalho em tela será dividido em três Capítulos.

O objetivo do primeiro Capítulo será o de realizar análise do retrospecto histórico da simbiose entre Direito e Economia no cenário jurídico-filosófico ocidental, culminando no realismo jurídico norte-americano, com vistas a se ter ciência de em que contexto e por quais razões faz-se indispensável um “olhar” técnico-jurídico-econômico para a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tratar-se-á desde a visão Marxista na qual a Economia e suas superestruturas predominam e condicionam toda a vida social e consequentemente o Direito. Perpassando pela visão de Rudolf Stammler para o qual o Direito como ideal de justiça é o condicionante da vida econômica. Ingressando por fim na distinção entre a visão Macroeconômica, objeto de estudo do Direito Econômico, e a Microeconômica, objeto de estudo da AED que, dentre seus vários enfoques, entende que Direito e Economia são distintas áreas de conhecimento que necessitam de uma, cada vez maior, aproximação.

No segundo Capítulo, portanto, terá início o estudo dos principais enfoques (ou escolas) da AED, com maior destaque para a escola tradicional de Chicago (LaE, do inglês *Law and Economics*), em especial a obra de Richard Posner. Não deixando, entretanto, de apresentar outras importantes escolas da AED, bem como as críticas recebidas pela LaE tradicional. O presente trabalho cuidará de aspectos gerais, como a descrição histórica, ideológica e de embasamento filosófico, para depois adentrar à real aplicação dos seus preceitos.

Por derradeiro, no terceiro e último Capítulo, far-se-á análise histórica de como foi formado o pensamento jurídico-econômico no Brasil e avaliar qual a importância de promover verdadeiramente o trabalho conjunto de economistas e juristas na busca da eficiência, bem como seus eventuais efeitos para o Sistema Jurídico Brasileiro.

O método de procedimento a ser utilizado neste trabalho será o monográfico. Por sua vez, a temática será desenvolvida pela técnica de documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica (jurisprudência, publicações, revistas especializadas e livros).

1 SIMBIOSE ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Desde a Grécia Antiga os filósofos questionavam qual era o "preço justo" de um bem, sem embora questionar como o preço era determinado. Eles também se perguntavam se era justo cobrar juros sobre os empréstimos ou ganhar lucros no comércio, mas também sem levar à discussão como a taxa de juros ou os lucros eram determinados. Para responder a essas questões, os filósofos gregos entraram no tema da moeda, refletindo sobre sua natureza e funções. Como o que aconteceu em outras áreas do conhecimento, foi Aristóteles quem liderou esse percurso. No entanto, suas considerações sobre o "preço justo" e suas críticas a taxas e lucros no comércio sofreram de imprecisões. Um passo evolutivo foi fornecido pelas reflexões tomistas e os escolásticos que continuaram com o processo de esclarecimento da justiça nas atividades econômicas. O objetivo era elucidar o modo de determinar o preço de um bem e sua variação, e aprofundar o estudo sobre a taxa de juros e o comércio. Desta forma, para dar uma resposta à questão da justiça, a teoria econômica começa lentamente a emergir.

Portanto, os conceitos econômicos como os de oferta e demanda começam a aparecer para explicar como os preços são determinados e por que eles oscilam. Esta busca de explicações e argumentos para determinar com precisão como chegar a um critério justo nos elementos presentes no comércio (preço, taxa de juros, lucro, etc.) torna-se uma espécie de gatilho para a formação de componentes teóricos básicos. Com a passagem do tempo, essas primeiras tentativas de teorizar sobre a atividade econômica são revisadas, complementadas, melhoradas e superadas. No entanto, essas contribuições primitivas já haviam aberto um caminho para o estudo da interação entre o jurídico e o econômico. Aduz a esse respeito Cachanosky (2008, p 1):

Os filósofos gregos perguntavam-se qual era o “preço justo” dos bens, mas não se perguntavam como era determinado um preço. Também se perguntavam se era justo cobrar juros pelos empréstimos ou obter lucros no comércio, mas não se perguntavam como se determinava a taxa de juros e os lucros. Para responder a estas questões adentraram ao tema da moeda refletindo acerca da sua natureza e funções.¹

¹ No original: Los filósofos griegos se preguntaban cuál era el “precio justo” de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio. También se preguntaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Para dar respuesta a estos temas incursionaron en el tema de la moneda reflexionando acerca de su naturaleza y funciones.

Como se vê, as primeiras discussões sobre temas econômicos não podiam separar-se das considerações sobre justiça. Sendo sempre ambos aspectos objeto de reflexões conjuntas, as diversas questões pertinentes ao comércio e a atividade econômica eram motivadas pela mesma busca da sociedade pelo justo. Uma vez que as sociedades têm no Estado, com seu monopólio da força, o garantidor da justiça, fica a cargo dele orientar também a atividade econômica. Pois como leciona Zuñiga Romero (2008, p. 23) o homem historicamente pode ser visto como um ser econômico e jurídico. É o que escreve:

Isto é derivado da passagem histórica, onde o homem para seu sustento buscou e priorizou os bens que satisfazem suas necessidades, desenvolvendo no interior a habilidade, a criatividade e a engenhosidade. Essa posição individual é a atividade econômica daquele *homo oeconomicus* (homem econômico). Na aquisição de bens, em face de um aumento da população, o homem se obriga a procurar outros lugares para encontrar pares com intenções semelhantes de necessidade, onde apresentam comportamentos de competição natural para alcançar bens, se produz desconforto na harmonia social e está é alterada. Ante o sucesso, precisa do equilíbrio social que facilita o uso de tais bens, situação que produz o ordenamento e delimitações na ação do sujeito econômico. Esta conformidade é uma resposta comportamental do *homo iuridicus* (homem jurídico).²

Analisando as formas de intervencionismo estatal na realidade econômica Varela (1980, p. 131) faz inicialmente referência ao “intervencionismo corretivo”, que se caracteriza por medidas de proibições, sanções e estímulos fiscais, sem negarem, contudo, o princípio da livre iniciativa. Posteriormente, quando França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha e Rússia entre outros países socialistas, após a I Guerra Mundial, estatizaram, de uma forma ou outra, alguns ou todos setores industriais, criando órgãos de coordenação da atividade econômica e suprimindo a economia de mercado. Já não se trata mais de simples intervencionismo corretivo, mas de autêntico “dirigismo econômico”. O Estado já não é um simples garantidor da livre concorrência e das regras de mercado, pelo contrário intervém diretamente nas várias fases da atividade econômica, para impor as soluções que julga mais convenientes ao bem comum, ao proletariado ou ao “interesse nacional”.

² No original: Esto se deriva del pasaje histórico, donde el hombre para su sustento buscó y priorizó los bienes que satisfagan sus necesidades, desarrollándose al interior la habilidad, creatividad e ingenio. Esa postura individual es la actividad económica de aquel *homo oeconomicus* (hombre económico). En la procura de bienes, frente a un aumento poblacional, fuerza el hombre a buscar otros lugares a efecto encontrar pares con similares intenciones de necesidad, donde se presentan comportamientos en natural competencia por lograr bienes, se produce, entonces, malestar en la armonía social, esta se altera. Ante el suceso, menester el equilibrio social que facilite la utilización de tales bienes, situación que produce el ordenamiento y delimitaciones en el actuar del sujeto económico. Este acatamiento es una respuesta conductal del *homo iuridicus* (hombre jurídico).

Ficando o Direito como mera ferramenta nas mãos dos governantes, para impor soluções que julgam subjetivamente necessárias para problemas tão importantes quanto complexos questiona Gonçalves (1997, p 1):

Diversas dúvidas estão a atormentar a sociedade e algumas delas podem ser apresentadas como segue: O que esperar do Direito, hoje? Qual a perspectiva inovadora que pode levar a uma forma de reciclagem do instituído? Como não se rebelar contra um senso comum teórico dos operadores jurídicos que, em meio a ideais distintos de justiça e à nefasta formalidade dos códigos, prazos e recursos, se perde em busca da resposta que parece não querer perceber? Deve-se falar da morte do Direito?

Sem o Direito, viveríamos em um caos social. É por isso que existem normas que devemos cumprir para poder viver em comunidade de forma harmoniosa. Nas palavras do célebre jurista romano Ulpiano: “Tais são os preceitos do Direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.” Quando vamos realizar uma ação sempre analisamos o que pode acontecer, o possível fim; desta maneira nossos atos devem estar precedidos por uma análise integral das situações que enfrentamos. As pessoas não atuam por atuar, raciocinam antes de fazê-lo, ou seja, utilizam a razão para enfrentar os diferentes cenários que se apresentam no decorrer da vida. Em suma, cada vez que realizamos um ato, internamente, estamos realizando um juízo de valor, para ver se a ação nos convém ou não, quais são seus custos, quais seus benefícios, quais suas causas e quais suas consequências. Se partimos da premissa de que os seres humanos atuam com base em incentivos, que buscam o que os favorece e evitam o que os prejudica, então é claro que em cada decisão dos seres humanos está implícito uma análise custo-benefício, uma análise econômica.

Com Adam Smith começa um estágio de maior rigor conceitual. Um dos méritos que pode ser atribuído ao filósofo inglês foi ter destacado a utilidade e importância das contribuições teóricas para interpretar o desenvolvimento dos mercados, independentemente das questões sobre justiça. Como resultado, desde o trabalho de Adam Smith, a teoria econômica ganha importância e popularidade e pode ser dito que se torna uma ciência independente. É o que leciona Gonçalves (1997, p.45):

De fato, a partir de Adam Smith (1723-1790) e sua teoria do valor-trabalho surge David Ricardo (1772-1883) que, com seu pensamento, aprofundou as ideias da teoria do valor-trabalho de Smith e embasou duas posteriores correntes econômicas: uma ortodoxa encabeçada por John Stuart Mill (1806-1876) e pelos neoclássicos Léon Walras (1834-1910), William Stanley Jevons (1835-1882), e Alfred Marshall (1842-1924); a qual resultou na obra de John Maynard Keynes ((1883-1946) de quem surgiram, por sua vez, os neo e pós-

keynesianos hodiernos e outra heterodoxa representada por - Karl Marx (1818-1883) e os socialistas científicos.

Já que com Adam Smith e sua mão invisível do mercado regendo a vida econômica, o indivíduo foi supervalorizado gerando desigualdade entre os que mais acumulavam e os que nada possuíam de riqueza, eixo central da nova ordem burguesa, inevitavelmente surgiram críticas ao excesso de acúmulo por parte de alguns poucos indivíduos. Como anota Bonavides (2004, p.57):

[...]expunham, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, se equiparar.

Os excessos do ideário liberal fomentaram a reação de alguns jusfilósofos, liderada por Marx que, como veremos a seguir, apregoava o total dirigismo estatal uma vez que, com seu “materialismo histórico”, entendia que a realidade econômica era quem regia unicamente a sociedade sendo o Direito apenas um instrumento. Veremos também o pensamento de Rudolf Stammler que, por sua vez, entendia que o Direito e a Economia eram, respectivamente, forma e conteúdo da sociedade. E por fim, veremos o pensamento dos juseconomistas do realismo jurídico norte-americano. Que entendem o Direito e a Economia como áreas distintas do conhecimento que interagem na realidade social e que precisam, portanto serem estudadas mutuamente.

Para Cooter e Ulen (1988) o esforço interdisciplinar entre Direito e Economia para estudar, analisar e identificar o efeito das mudanças legislativas, processuais, normativas e judiciais dentro do ordenamento jurídico de cada país, têm a capacidade de promover o desenvolvimento econômico utilizando metodologias de pesquisa do impacto do ordenamento jurídico sobre o comportamento econômico individual e coletivo e vice-versa.

Desta feita, adentraremos na análise de cada uma dessas abordagens da simbiose entre Direito e Economia demonstrando como o estudo de tal dicotomia é interpretado, seus conceitos e métodos.

1.1 KARL MARX

Marx desenvolveu sua teoria sobre a sociedade, a economia e a política sustentando que as sociedades humanas progridem através da luta de classes: um conflito entre uma classe social

que controla os meios de produção e a classe trabalhadora, que fornece a mão de obra para a produção e que o Estado foi criado para proteger os interesses da classe dominante, embora seja apresentado como um instrumento que representa o interesse comum de todos. Além disso, ele previu que, assim como os sistemas socioeconômicos anteriores, o capitalismo produziria tensões internas que conduziram à sua autodestruição e substituição por um novo sistema: o socialismo. Ele argumentava que os antagonismos no sistema capitalista, entre a burguesia e o proletariado, seriam consequência de uma guerra perpétua entre classes ao longo da história. Isto, associado à sociedade industrial e ao acúmulo de capital, geraria a sua classe antagônica, que resultaria na conquista do poder político pela classe operária e, eventualmente, no estabelecimento de uma sociedade sem classes e apátrida, o Comunismo, regida por uma livre associação de produtores. Marx ativamente argumentava que a classe trabalhadora deveria realizar uma ação revolucionária organizada para derrubar o capitalismo e provocar mudanças socioeconômicas.

Ensina Leguizamón (2007), que o Estado para Marx, surge do estreito vínculo entre a classe burguesa e a classe proletária. Seu materialismo histórico vislumbra a relação da Economia com o Direito apresentando a “Teoria da Causalidade” em que a Economia seria a causa e a origem de todos os fenômenos que são apresentados dentro da sociedade, sendo o Direito apenas um dos efeitos. As ações do homem nos fenômenos que aparecem na sociedade, para o jusfilósofo mantêm um critério bem definido sobre o econômico tendo como base princípios de incentivos materiais, uma atitude característica de sua natureza individualista e egoísta que o leva a buscar o máximo de benefícios, manifestado no homem econômico (*homo oeconomicus*).

Marx fundou, portanto, sua teoria na existência do domínio da Economia sobre as outras disciplinas do conhecimento humano, especialmente o Direito. Como escreve Zuñiga Romero (2008, p. 34):

A relação de causa efeito, posição defendida pelo materialismo histórico de Karl Marx, onde a Economia é a causa de tudo e o Direito e outros fenômenos sociais um dos seus efeitos. Em outras palavras, a Economia exerceu um domínio permanente sobre as outras ciências sociais e, particularmente, sobre o Direito. O homem em interrelação apresenta uma caracterização em seu comportamento, ele age com o critério econômico que o acompanha em suas ações e se manifesta em suas relações com outros semelhantes, seja no plano político, social, jurídico. Esse comportamento é natural, no homem, porque é impulsionado por princípios baseados em incentivos materiais, reflete no homem essa natureza individualista e egoísmo, que o inclina a buscar o máximo de benefícios em detrimento e indiferença para com os outros. Busca a acumulação, se é possível transformar a natureza e seu entorno onde se desenvolve para obter a máxima satisfação de suas relações com a sociedade.

O homem econômico é identificado usando a força de trabalho de outros para obter a maximização de seus lucros, beneficiando-se do trabalho dos despossuídos, dos necessitados.³

Nesta relação, é importante enfatizar a concepção do Estado para a sustentação Marxista, porque Marx considera a existência de uma estrutura e superestrutura. A estrutura funciona a partir do critério econômico da humanidade, e a superestrutura é formada pelas outras ciências sociais, como a jurídica, fazendo parte de seus efeitos lógicos. Aduz a esse respeito Reale (2002, p. 21):

Segundo o chamado "materialismo histórico", o Direito não seria senão uma superestrutura, de caráter ideológico, condicionada pela infra-estrutura econômica. É esta que, no dizer de Marx, modela a sociedade, determinando as formas de Arte, de Moral ou de Direito, em função da vontade da classe detentora dos meios de produção. Em palavras pobres, quem comanda as forças econômicas, através delas plasma o Estado e o Direito, apresentando suas volições em roupagens ideológicas destinadas a disfarçar a realidade dos fatos.

O Marxismo, como se viu, é uma mistura de considerações filosóficas, históricas, políticas e econômicas, com abordagem do materialismo histórico que, tem por fundamento, a interpretação da evolução da sociedade ao longo da história como uma eterna "luta de classes", ou seja, as relações interpessoais, para o jusfilósofo alemão, são sempre de exploração. Leciona Triviños (1987, p.51):

O materialismo histórico é a ciência filosófica do marxismo que estuda as leis sociológicas que caracterizam a vida da sociedade, de sua evolução histórica e da prática social dos homens, no desenvolvimento da humanidade. O materialismo histórico significou uma mudança fundamental na interpretação

³ No original: La relación de causa a efecto, posición defendida por el materialismo histórico de Karl Marx, donde la Economía es la causa de todo y el Derecho y demás fenómenos sociales uno de sus efectos. En otras palabras, la economía ha ejercido un dominio permanente sobre las demás ciencias sociales y particularmente sobre el derecho. El hombre en interrelación presenta una caracterización en su comportamiento, actúa con el criterio economicista que lo acompaña en sus actuaciones y se manifiesta en sus relaciones con otros semejantes sea en el plano político, social, jurídico. Esta conducta es natural, en el hombre, porque es conducida por principios basados en incentivos materiales, se refleja en el hombre esa naturaleza individualista y de manifiesto egoísmo, que lo inclina a buscar máximos beneficios en desmedro e indiferencia para los demás. Procura la acumulación, si es posible transformar la naturaleza y su entorno donde se desarrolla con la finalidad de obtener la máxima satisfacción de sus relaciones con la sociedad. Se identifica el hombre económico utilizando la fuerza de trabajo de los otros para obtener la maximización de sus utilidades, beneficiándose del trabajo de los desposeídos, menesterosos.

dos fenômenos sociais que, até o nascimento do marxismo, se apoiava em concepções idealistas da sociedade humana.

Na sociedade capitalista, a exploração é feita pelos detentores dos meios de produção (burgueses) sobre os trabalhadores assalariados (proletários). Sendo o Direito apenas um instrumento de dominação, o Estado, para Marx, está a serviço da classe dominante e necessita de um total dirigismo econômico, pois as livres decisões individuais estariam fadadas a favorecer os donos dos meios de produção. Do ponto de vista de Marx, a sociedade possui, na sua composição, uma infraestrutura econômica e uma superestrutura jurídica político-ideológica que consolida e perpetua a dominação de uma classe sobre a outra.

Estando o pensamento marxista correto ou não na sua integralidade ou parcialidade, fato é que “[...] Karl Marx contribuiu, com seu trabalho, na propositura de uma ligação da Ciência Econômica ao Direito, sugerindo a influência daquela sobre este.” (GONÇALVES, 1997, p. 19). Assim sendo, resta claro a imensa importância da filosofia marxista na tendência intervencionista de Estado. Evidenciando a relevância desta explanação sobre a visão marxista da dicotomia Direito e Economia, para o objetivo deste estudo monográfico sobre a AED no Brasil.

Relevante também é a exposição da visão de outro jusfilósofo alemão: Rudolf Stammler. Que contraria o pensamento marxista de superioridade do econômico sobre o jurídico, como veremos a seguir.

1.2 RUDOLF STAMMLER

Stammler com sua “Teoria da Integração”, leciona Leguizamón (2007), criticou a teoria exposta por Marx, afirmando que a Economia e o Direito estão conectadas e interagem de forma harmoniosa para o cumprimento dos objetivos pretendidos pela sociedade. Entre o jurídico e o econômico, portanto, para Stammler, prevaleceria a unidade integral comportando-se em um único bloco, sendo a vida social uma mistura de uma parte substancial, representada pela parte econômica, e formal, representada pela parte jurídica.

Nesse sentido leciona Reale (2002, p. 21):

Rudolf Stammler, um dos renovadores da Filosofia do Direito contemporânea, em obra célebre, publicada em fins do século passado, contrapunha-se ao materialismo histórico afirmando que, se o conteúdo dos atos humanos é econômico, a sua forma é necessariamente jurídica.

Dentre as diversas conceituações de Direito, a adotada por Stammler, portanto, é a que define o ordenamento jurídico como estrutura formal portadora de um conteúdo econômico, sendo produto da vida em sociedade, independente da vontade humana. Ou seja, para Stammler o Direito existe onde existe cooperação social para atingir determinado fim. O próprio autor explana:

A Economia política deverá ir percebendo, mais do que tem feito até agora, que está chamada a ser testemunha da existência social do homem. Seu ponto de partida exato - consequentemente com isto que constitui seu verdadeiro plano - não será, então, o conceito de Economia in abstracto, que se refere às necessidades humanas e aos bens que são usados para satisfazê-las, mas o conceito de vida social, entendendo como tal, como se expõe, uma convivência humana sujeita à regulação externa da conduta. Dentro desta vida social, a forma de regulação, seja legal ou convencional, deve ser distinguida do sujeito material às normas do comportamento humano em cooperação para a satisfação das necessidades. Sobre isso, no material da vida social, é sobre o qual a Economia Política deve cair. E como esse comportamento humano em cooperação só pode surgir enquanto social, sob uma certa regulação externa e não para a investigação da mera forma de vida social à qual tende, só permanece como objeto próprio da Economia Política: a estrutura concreta de uma certa cooperação sujeita a normas, para a satisfação das necessidades humanas.⁴ (Apud GONÇALVES, 1997, p. 18)

A dicotomia Direito e Economia para Stammler, portanto não pode ser vista como uma relação “causa-efeito” como para Marx. Porém, não há que se falar também que se tratam de duas áreas do conhecimento distintas, pois como empenhou-se em demonstrar, o objeto de estudo é o mesmo: a “cooperação humana”. Que, para o filósofo, surge para satisfazer as necessidades humanas (Economia), estando sujeita, invariavelmente a normas regulatórias de conduta (Direito). Tratando-se então de uma relação “forma-conteúdo”, na qual toda atividade econômica é conteúdo subordinado à uma forma jurídica.

⁴ No original: La Economía política deberá ir dándose cuenta, más de lo que lo hecho hasta ahora, de que esta llamada a ser testigo de la existencia social del hombre. Su punto de partida exacto - consiguientemente con esto que constituye su verdadero plan - no será, pues, el concepto de la Economía in abstracto, que se refiere a las necesidades humanas y a los bienes a que se acude para satisfacerlas, sino el concepto de la vida social, entendiendo por tal, como queda expuesto, una convivencia humana sometida a regulación exterior de conducta. Dentro de esta vida social, la forma de la regulación, sea jurídica o convencional, deberá distinguirse de la materia sujeta a normas de la conducta humana en cooperación para la satisfacción de las necesidades. Sobre esta, sobre la materia de la vida social, es sobre la que la Economía Política debe recaer. Y puesto que esta conducta humana en cooperación, sólo puede surgir, en cuanto social, bajo una regulación exterior determinada y no siendo a la investigación de la mera forma de la vida social a lo que se tiende, sólo queda como objeto propio de la Economía Política: la estructura concreta de una determinada cooperación sujeta a normas, para la satisfacción de las necesidades humanas.

“Há, em suma, uma interação dialética entre o econômico e o jurídico” (REALE, 2002, p. 21) e mesmo “não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, nem tampouco a uma relação entre forma e conteúdo.” (REALE, 2002, p. 21) Fato é que diante dessas duas abordagens da simbiose entre Direito e Economia fica evidenciada a importância do estudo interdisciplinar para os operadores do Direito. Seja do ponto de vista filosófico-político ou pragmático, a visão do fenômeno jurídico através da Ciência Econômica é de grande utilidade. Aduz Gonçalves (1997, p. 211):

Se a natureza econômica pode ser vislumbrada na origem e estruturação do Direito, seja de forma marxista ou stammleriana ou interativa, uma racionalidade economicista, se não como *ultima ratio*, mas, sim, como mais um instrumental analítico-hermenêutico, deve ser disponibilizada quanto da apreciação dos diversos campos da *Civil Law*, inclusive o do Direito Econômico.

A abordagem econômica no mundo jurídico, no entanto, pode ocorrer de duas formas: a) do ponto de vista da Macroeconomia, objeto de estudo do Direito Econômico e b) do ponto de vista Microeconômico, objeto de estudo da AED propriamente dita (LaE, no inglês). Conforme Gonçalves e Stelzer (2009, p. 30):

A priori, pode-se afirmar que, enquanto o Direito Econômico volta-se para a Análise Macroeconômica, a LaE identifica-se com a Teoria Microeconômica. De qualquer forma, esta interação entre Direito e Economia vem sendo paulatinamente construída a partir de visão progressista, não preconceituosa e interdisciplinar.

A Ciência Econômica, como visto, tem como objeto de estudo, a alocação de recursos escassos para a satisfação de necessidades humanas ilimitadas. Porém, é importante frisar que, a teoria econômica pode ser dividida em duas áreas de estudo: a Microeconomia e a Macroeconomia. Enquanto a Microeconomia analisa a tomada de decisão individual dos consumidores e produtores. A Macroeconomia cuida de verificar as políticas econômicas em termos nacionais e internacionais. Sendo assim, trazidas para o mundo jurídico, estas duas áreas da Ciência Econômica, são objetos de estudo de duas disciplinas distintas. A Macroeconomia é estudada pelo Direito Econômico, enquanto que a Microeconomia é objeto de estudo da AED, explicar-se-á mais detalhadamente cada uma delas na continuação deste estudo.

1.3 DIREITO ECONÔMICO

O Direito Econômico, como leciona Trubek (1994, p. 33) é o conjunto de normas e princípios principalmente de Direito Público, que positivas ou não, permitem o Estado planejar e regular a atividade e o desenvolvimento econômico e social de um país e regular a cooperação humana nas atividades de criação, distribuição e consumo da riqueza gerada pelo sistema econômico. Portanto, o Direito Econômico é a disciplina que estuda o papel do Direito na regulação da atividade econômica. Estabelecendo regras claras e neutras para os agentes econômicos. Sendo assim, Direito e Economia estão intimamente ligados e mantêm uma interação constante entre si.

Por conseguinte, uma vez que a atividade econômica é indispensável para a vida em sociedade, e que a vida em sociedade exige regras de comportamento e organização, resta claro que a Ciência Econômica e a Ciência Jurídica devem ter um campo de estudos em conjunto, ou seja, já que as normas jurídicas têm propriedade ou aptidão para influenciar a realidade econômica, deve-se analisá-las do ponto de vista econômico

Desta união do Direito com a Economia, surge o Direito Econômico, tendo como objeto de estudo o conjunto de normas e princípios sobretudo de Direito Público, que autorizam o Estado a planejar sua atuação para garantir seu pleno desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido lecionam Gonçalves e Stelzer (2009, p. 29):

Para a apreciação econômico-científica, a fenomenologia social pode ser percebida segundo quatro possibilidades, a saber: a) Produção, b) Repartição, c) Circulação e d) Consumo. Ao Direito Econômico compete disciplinar as relações jurídico-sociais que venham incorrer nos quatro referidos fenômenos econômicos, seja na esfera nacional - Direito Econômico; seja na esfera internacional – Direito Internacional Econômico; sempre, no entanto, cuidando das políticas macroeconômicas governamentais e na esfera das relações internacionais. Deveras importante, também, é diferenciar o campo de estudo do Direito Econômico do ramo do conhecimento que se conhece como Análise Econômica do Direito - LaE; esta, sim, voltada para a análise microeconômica da ação dos sujeitos de direito, seja em caráter normativo, quando da elaboração da norma ou positivo, quando da verificação de sua aplicação no meio social. Efetivamente a aproximação entre o Direito e a Economia, segundo a LaE, traduz-se pela defesa do comportamento técnico-racional maximizador de resultados em detrimento da prática técnico-legal estritamente formalista.

O Direito Econômico, portanto, surge com a necessidade de incluir todas as regras aplicadas à atividade econômica em uma única disciplina. Sendo um ramo do Direito que, utilizando-se de instrumentos da Macroeconomia, apreende a racionalidade econômica a fim

de regular a cooperação humana nas atividades de produção, distribuição, circulação e consumo da riqueza gerada pelo sistema econômico, corrigindo falhas de mercado através da ação estatal. Nesse sentido Gonçalves e Stelzer (2009, p. 31):

O Estado, pela ação de seus dirigentes, adquiriu papel predominante e ativo no direcionamento racional da economia, assim como, intensificou seu próprio atuar como agente econômico, regulador e indicador das atividades dos particulares - era a institucionalização do intervencionismo estatal.

Portanto, o Direito Econômico é o ramo do Direito que pode mais facilmente, utilizar-se do instrumental teórico da AED para estipular suas regras e ordenamentos, a fim de delimitar a atividade econômica dos agentes públicos e privados de uma sociedade. Aduz a esse respeito Zuñiga Romero (2008, p. 14):

Como disciplina especializada, o Direito Econômico assume um caráter universal que, embora se refira a situações econômicas que servem de base, também abrange normas legais transcritas nas constituições dos Estados, como já dito, onde eficiência e justiça são prioridades como aspiração. de um objetivo estabelecido, isto é, proteger, promover e melhorar a qualidade de vida e suas relações entre as pessoas e com o Estado. A análise econômica do direito - AED - como movimento no qual seus adeptos advogados e economistas, que usualmente usam noções econômicas, teorias e padrões para executar tarefas legais é um segmento que não pode ser excluído quando se trata de Direito Econômico que busca decifrar a eficiência do Direito, na pretensão fundamental de que todo o sistema legal pode ser analisado e reformado aplicando um número relativamente pequeno de conceitos econômicos fundamentais.⁵

No entanto, ao passo que nos países de tradição positivista (*Civil Law*) como o Brasil, existe uma tendência de maior regulamentação do Estado. Nos países de *Common Law* o Direito, de forma geral, concede maior grau de liberdade econômica, posto que brindam aos costumes o encargo de ditar as regras da atividade econômica. Entretanto, o aumento de leis reguladoras da atividade econômica, costumeiras ou positivadas está associado ao aumento do

⁵ No original: Como disciplina especializada, el Derecho Económico toma un carácter universal que si bien hace referencia a situaciones económicas que dan fundamento, abarca también normas jurídicas transcritas en las constituciones de los Estados, como ya se dijo, donde la eficacia y la justicia son prioridades como aspiración de un objetivo establecido, esto es, proteger, fomentar, mejorar la calidad de vida y sus relaciones de las personas entre si, y con el Estado. El análisis económico del derecho – AED - como movimiento en el que sus adeptos abogados y economistas, que usualmente emplean nociones económicas, teorías y Standard para ejecutar tareas jurídicas es un segmento que no puede excluirse al tratar el Derecho Económico que busca descifrar la eficiencia del derecho, en la preextensión fundamental de que la totalidad del sistema jurídico pueda analizarse y reformarse mediante aplicación de un número relativamente pequeño de conceptos económicos fundamentales.

tamanho do Estado. Já que, a necessidade de regular a Economia, supervisionando as decisões particulares, acarreta no aumento de órgãos e mecanismos públicos essenciais para esta função. Por conseguinte, o tamanho do Estado é questão de suma importância para a explicação e a compreensão do Direito Econômico. Gonçalves e Stelzer ensinam (2009, p. 37):

Têm-se, então, como sujeitos do Direito Econômico, os diversos agentes econômicos, a saber, de ordem privada e de ordem pública e de fato. Assim, podem intervir como sujeito ativo ou passivo na relação jurídico-econômica, o próprio Estado, e as pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado. O Estado, como sujeito de Direito na relação de Direito Econômico, intervém no domínio econômico, seja como agente, seja na planificação e programação da economia - Estado Regulador e Dirigente. Como empresário, o Estado pode atuar através de sociedades de economia mista e de empresas públicas suplementando a atividade econômica nos setores consagrados, pela maioria das legislações, que necessitem de grandes investimentos de capital, voltados às necessidades sociais ou à prestação de serviços públicos considerados essenciais ou à atuação exclusivamente dedicada ao próprio Estado ou seus representantes - concessionários ou cessionários de serviço público. Pode, ainda, atuar na qualidade jurídica de autarquia e fundação, como, também, constituindo-se em programador da economia, devendo zelar pelo bem-estar social em busca dos ideais desenvolvimentistas que minimizem os custos sociais. Hoje, se observa a revitalização das tendências neoliberais, ainda que, certamente, não possam levar à desvinculação, por parte do Estado, de políticas sociais protetoras dos indivíduos e das coletividades no desenrolar do processo econômico.

Face ao exposto, a disciplina de Direito Econômico, é um ramo do Direito que busca explicar, analisar e influenciar a ação estatal, que através de suas normas e institutos, sempre alteram a realidade econômica. Como leciona Zuñiga Romero (2008, p. 15):

Não existe uma regra de direito que não contenha uma afirmação econômica, sejam eles relacionamentos individuais, grupais ou regionais; confirma o que foi dito, o tema de atualidade e discussão: a globalização econômica, mesmo que um processo arrasta outro, esta é a mudança, situação não excludente. É um fenômeno latente e inevitável, seu avanço tecnológico sustenta, à sua mercê as distâncias são encurtadas e por outro lado ultrapassam as fronteiras nacionais - sujeitas ao desaparecimento -, facilitando, em um eixo: as chaves de informação imediata e oportuna do sucesso em toda ordem, e em outra: o valor do grande conhecimento ativo de pessoas e nações. A disciplina responde, em todo caso, à normatividade jurídica das figuras econômicas criadas no fato social, cuja experiência pode ser vista no espaço dos setores público e privado.⁶

⁶ No original: No existe norma de derecho que no contenga una pretensión económica, tratase estas de relaciones individuales, grupales, o de región; confirma lo dicho, el tema de actualidad y de discusión: la globalización económica, mismo como proceso arrastra a otro, este es el cambio, situación no

Uma análise econômica efetiva do Direito garante a segurança jurídica de um país. Pois permite o estudo das variáveis econômicas e analisa o impacto no exercício do Direito. Usam-se instrumentos econômicos como os da eficiência, custo-benefício, pontos ótimos, dentre outros, buscando um equilíbrio entre o exercício dos direitos individuais e coletivos, e a dinâmica de uma economia de mercado. A este respeito, a exigências que a sociedade tem para exercício dos seus direitos junto com as restrições econômicas são um desafio para a Ciência Jurídica. A partir deste cenário, a Ciência Jurídica deve incorporar criticamente os novos paradigmas da AED, de modo que a prática jurídica seja limitada à análise da capacidade de gestão eficiente no âmbito da "economia de mercado", ligando a lei formal à realidade material. Desta forma, o Direito Econômico tem por objeto as normas jurídicas e os custos e benefícios da implementação destas normas, de modo que sua criação e implementação devam ser decididos de acordo com a sua eficiência econômica.

Por outro lado, a AED, como veremos a seguir, pretende apenas utilizar o instrumental teórico-analítico da Ciência Econômica, especialmente o da Microeconomia para analisar a fenomenologia jurídico-social, visando utilizar tais instrumentos, especialmente o da eficiência, na criação e aplicação das normas jurídicas por legisladores e magistrados, a fim de garantir a livre transação entre os indivíduos. Possibilitando assim que os próprios indivíduos, garantido um mínimo ético, possam decidir como internalizar os custos e benefícios de suas operações econômicas.

1.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A AED é uma metodologia que apareceu aproximadamente nos anos 60 nos EUA com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961). E posteriormente com a obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (1973). Tal metodologia tem como objetivo aplicar os métodos, critérios e técnicas da Ciência Econômica, especialmente da

excluyente. Es un fenómeno latente e inevitable, sustenta su potenciación el avance tecnológico, a su merced las distancias se acortan y por otro lado rebasan las fronteras nacionales – sujetas a desaparecer –, facilitando, em un eje: la información inmediata y oportuna claves del éxito en todo orden, y en otro: el valor del conocimiento gran activo de las personas y las naciones. La disciplina responde, en todo caso, a la normatividad jurídica de las figuras económicas creadas en el hecho social, cuya vivencia se traslucen en el espacio de los sectores público y privado.

Microeconomia para interpretar e compreender os institutos jurídicos. É o que leciona Gonçalves (1997, p. 20):

A LaE, então, surge da idéia de um Direito embasado na metodologia e aportes teóricos das ciências sociais; ressurgindo da tendência reconstrutivista - realista com os aportes técnico-teóricos de pensadores como Ronald H. Coase e Guido Calabresi que sugeriram inovador discurso jurídico, desta vez, mais técnico - racional do que lógico-formal. A teoria da doutrina Law and Economics afirmou-se nos EUA na década de sessenta, desenvolvendo-se, em sua parte majoritária institucionalista com Richard A; Posner que trabalhou no seu livro *Economic Analysis of Law*, destacando a aplicação da Teoria Econômica ao Direito de forma ampla e inovadora[...].

No mesmo sentido escreve Timm (2014, p. 1):

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

O Direito, como se vê, atua como instrumento de regulação do comportamento dos indivíduos em sociedade. E a Ciência Econômica, por sua vez, tem por objeto as consequências econômicas das atividades humanas. Assim sendo, a ordem jurídica influencia diretamente a realidade econômica, motivo pelo qual deve-se estimular, através da AED, que o conjunto de leis da sociedade leve em consideração o instrumental teórico da Economia para fomentar determinados comportamentos, visando, conseqüentemente, atingir a maximização do bem-estar social. Aduz Bullard (2003, p. 41):

A Análise Econômica do Direito (doravante AED) é uma metodologia de análise que apareceu aproximadamente na década de 60 nos EUA, e que tudo que faz é aplicar os métodos da ciência econômica ao Direito. É difícil explicar e dar uma definição do que é a AED. É como definir corrida; A única maneira de realmente entender isso é correr ou observar uma pessoa correndo. A AED é semelhante. A única maneira de compreendê-la é aplicando-a e vendo como ela funciona na realidade. O que ela busca é estabelecer os custos e benefícios de determinados comportamentos, e como a lei está repleta de comportamento em si é uma técnica para regular comportamentos - a AED pode ser aplicada para determinar os custos e benefícios desses comportamentos. Na realidade, o que se consegue com AED é prever comportamentos de seres humanos. Supõe-se que os seres humanos agem com base em incentivos e, conseqüentemente, buscar o que favorece e evitar o que os prejudica. Em outras palavras, eles tentam maximizar os benefícios e

minimizar os custos. Nesta base, é possível encontrar fórmulas que predizem (pelo menos presumidamente) como indivíduos agem para tais incentivos. Como a lei é um sistema de regulação do comportamento, sua relação com a economia aparece como evidente. Se alguém quiser regular o comportamento, aprender a prevê-lo é extremamente útil. Saber o impacto de uma lei, decisão judicial ou um contrato sobre o comportamento futuro pode colocar o Direito em contexto com a realidade.⁷

A simbiose entre Direito e Economia estimulou a realização de estudos econômicos abrangendo diversas áreas do Direito. Como ensinam Cooter e Ulen (1988) o precursor desses estudos interdisciplinares Ronald Coase, em 1960, no célebre artigo *The Problem of Social Cost*, faz a análise das externalidades negativas causadas pelas atividades econômicas que representam um custo social. Afirmando que os custos de transação são externalidades negativas, Coase postula sua teoria, posteriormente chamado de “Teorema de Coase”, na qual a lei deve incentivar a livre transação entre os agentes para diminuir os custos desta, uma vez que se assumem como mais eficientes na alocação de direitos e deveres, as negociações privadas.

Ainda sobre a AED, deve-se mencionar o conflito que trata da escolha social da eficiência como objetivo a ser alcançado pelo Direito. Ou seja, o conflito entre o critério de maximização de riqueza, e os critérios da equidade e justiça.

A Ciência Econômica baseia seus estudos sobre a eficiência nos critérios de riqueza e de utilidade. Uma análise custo-benefício baseada na maximização de riqueza pode ser considerada injusta ao contrapor-se a uma baseada na maximização da utilidade, uma vez que os indivíduos podem atribuir níveis de satisfação de seus interesses distintos. Entretanto, o

⁷ No original: El Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los '60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al Derecho. Es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo realmente es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido. La única forma de entenderlo es aplicándolo, y viendo como funciona en la realidad. Lo que busca es establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas. En realidad, lo que se consigue através del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan los que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar formulas que permiten predecir (al menos presumir) como los individuos actuaran ante tales incentivos. Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una Ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de realidad.

critério de utilidade, objetivamente, perde seu efeito prático, pois é de impossível mensuração. Como será explanado no próximo capítulo as diferentes Escolas da AED tratam de formas diferentes a resolução deste conflito. Leciona Gonçalves (1997, p. 14):

Na corrente doutrinária do pluralismo jurídico, v.g., entende-se que deve ser reconhecido o Direito paralelo àquele oficialmente estatuído; enquanto, na doutrina do Direito Alternativo, parte-se, na verdade, de uma interpretação extensiva da lei em certo sentido e, noutro, de uma interpretação *extra-legis* segundo a percepção social do julgador; por outro lado, é verificável, ainda, a introdução de métodos analíticos embasados em ciências sociais dentre as quais, a psicanálise, a antropologia, a própria sociologia e outras para a interpretação e explicação do fenômeno jurídico. Nesta direção também acusa-se a utilização da Ciência Econômica como instrumental de leitura do Direito, detectando-se, no âmago deste, a introjetada característica economicista inerente ao proceder do *homo oeconomicus*, conforme parâmetros mais fechados como os de Posner, onde prima a extrema valoração da eficiência em termos de maximização da riqueza ou mais abrangentes como os de Calabresi que aceita, ao lado da eficiência, valores outros como a equidade ou, ainda, posicionamentos político-críticos como os da *Critical Legal Studies - ECJ*.

O objetivo do estudo da AED ao longo do tempo foi se expandindo e se desenvolvendo com os resultados obtidos. Assim, as abordagens foram diversificadas e enriquecidas com o progresso na consolidação e melhoria dessa maneira de interpretar as relações jurídicas com instrumentos e critérios econômicos.

Nesta expansão e incorporação de novos assuntos, a AED reuniu boa parte da evolução da Ciência Econômica. Técnicas e métodos oriundos da Economia estenderam seu âmbito para diversas áreas legais, fazendo com que os operadores do Direito, em primeiro lugar, analisem uma relação direta de suas ações com a realidade econômica. Evitando assim desperdício de recursos pelas normas jurídicas, sem esquecer, no entanto, dos valores éticos que o Direito deve sempre garantir. Nesse sentido escreve Bullard (2003, p. 43):

A maioria das pessoas não entende os postulados nem a utilidade da AED. Em primeiro lugar, uma vez que a AED é baseada em uma análise de custo-benefício, há uma tendência a pensar que é uma análise desumanizante: é transformar em números o Direito, que tem a ver com a justiça, com o comportamento humano e com valores. Não é isso que a AED está procurando. O que se procura é impedir que os sistemas legais, ao legislar, gerem desperdícios.⁸

⁸ No original: La mayoría de gente no entiende bien ni los postulados ni la utilidad del AED. En primer lugar, como el AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis

O Direito, na perspectiva da AED, procura trabalhar com o conceito de eficiência, porém, a noção de justiça normalmente não é levada em conta quando se fala de eficiência. Contudo, como se verá adiante, mesmo os enfoques mais tradicionais da AED, como a Escola de Chicago, que no princípio entendiam que a eficiência deveria ser o fim último do Direito, ensinam que eficiência e justiça devem andar juntas. No entanto, uma vez que a perspectiva econômica procura constantemente a eficiência nas relações jurídicas, a inclusão de uma noção de justiça nem sempre é fácil, pois a justiça não possui um critério único, universal e preciso. Não obstante, uma noção de justiça é de suma importância para a AED, uma vez que a sociedade necessita dela para balizar o comportamento individual por meio de normas éticas, jurídicas e morais.

Portanto, o que buscam juristas e economistas da AED é justamente evidenciar a necessidade de uma direção ética das relações econômicas com o intuito de distribuir equitativamente as riquezas, fomentando o desenvolvimento humano. Nestes termos, o crescimento econômico por si só não tem preocupação com a dignidade humana, assim, são necessários valores ético-legais para a satisfação do bem-estar social. Desse modo, o enfoque puramente economicista da realidade, que trata o ser humano apenas como um número, não é o que é buscado pela AED. Pois, a utilização de métodos e instrumentos da Ciência Econômica pelo Direito, tem por objetivo, melhorar a eficiência das relações jurídicas sem, no entanto, deixar de perseguir a justiça.

Oliveira Júnior (2010, p. 364), nesse sentido leciona que a AED, surge como uma:

[...] vertente das escolas liberais, cujos enunciados visualizam o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro de um modelo econômico, podendo e devendo ser analisado sob uma óptica de critérios econômicos, entre eles a eficiência.

Ao tratar-se de uma matéria interdisciplinar, com elementos não apenas jurídicos e econômicos, mas também, antropológicos, sociológicos, filosóficos e históricos, a AED tem um caráter muito mais abrangente que outras matérias que possuem por objeto uma única disciplina. Cabe recordar que a AED, entre muitos outros benefícios que traz sua aplicação, serve para orientar o conteúdo na redação e aplicação de normas, buscando também o objetivo de buscar a eficiência. Assim sendo, ajuda na antecipação do resultado das diversas normas. O

deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios.

Direito, portanto, servirá para alcançar os objetivos desejados, ao menor custo possível, evitando o desperdício de recursos.

2 ESCOLAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre Direito e Economia expandiu-se do que inicialmente era um campo estreito e mais ou menos esotérico, a um movimento substancial que contribuiu não só para analisar as implicações quanto à consideração da teoria econômica para examinar a formação, e impactos econômicos das leis e instituições jurídicas na realidade econômica, mas sobretudo, para redefinir os alicerces do estudo do Direito. É o que escreve Bullard (2003, p. 49):

A principal crítica, feita aos economistas, é que eles agem com base em suposições. Portanto, quão eficaz pode ser a AED se a sociedade e a própria lei são corpos vivos que se movem e mudam? Esse argumento, que é usado muitas vezes, é na verdade um "engana-bobo" por causa da ideia de que os seres humanos são capazes de entender todas as variáveis que afetam um determinado evento, e calcular todas as consequências eles serão derivados disso, todos juntos e ao mesmo tempo. Mas esse é apenas um dos problemas que a AED ajuda a desmistificar. Os economistas fazem uma previsão baseada na simplificação da realidade. Eliminar fatores não relevantes e identificar os fatores relevantes. É exatamente assim que as previsões podem ser feitas, apesar da complexidade do comportamento humano. Mas o economista sabe que ele tem uma margem de erro. Para poder fazer previsões, a arte é saber quais são os fatores relevantes. Os economistas desenvolveram uma ciência muito eficaz de simplificação social.⁹

Assim a AED, sob o enfoque Tradicional da Escola de Chicago, descreve-se como a aplicação dos instrumentos econômicos, como o da eficiência, às normas jurídicas. Analisando o Direito através da Ciência Econômica, assim como o fazem várias outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Antropologia e a Sociologia. Ressaltando que os operadores da AED devem avaliar as normas e os preceitos legais de acordo com um critério que determine se eles facilitam ou atrapalham o uso eficiente dos escassos recursos, analisando suas consequências, que terão efeitos sobre toda sociedade. Nesse sentido leciona Gonçalves (1997, p. 110):

⁹ No original: La principal crítica, que se le hace a los economistas es que actúan en base a supuestos. Por ello, ¿qué tan efectivo puede ser el AED si la sociedad y el Derecho en sí son cuerpos vivos que se mueven y cambian? Ese argumento, que se usa con mucha frecuencia, es en realidad un «engaña muchachos», porque parte de la idea de que el ser humano está en capacidad de entender todas las variables que van a afectar un determinado evento, y calcular todas las consecuencias que se van a derivar de éste, todo junto y al mismo tiempo. Pero ese es justamente uno de los problemas que el AED ayuda a desmitificar. Los economistas realizan una predicción en base a la simplificación de la realidad. Eliminan factores no relevantes e identifican los factores relevantes. Es justamente así como puede realizar predicciones a pesar de la complejidad de la conducta humana. Pero el economista sabe que tiene un margen de error. Para poder hacer predicciones el arte está en saber cuáles son los factores relevantes. Los economistas han desarrollado toda una ciencia de simplificación social muy efectiva.

A LaE é tida, inicialmente, como movimento acadêmico que intenta a análise do Direito norte-americano através do discurso econômico, assim como, outras ciências sociais, também, procuram esta releitura do fenômeno jurídico como a Filosofia, a Psicanálise e a Antropologia. É de observar-se, no entanto, que mesmo dentro de uma perspectiva economicista, existem diversidades de análise, segundo alguns pensadores ou etapas do movimento conforme outros estudiosos. Acredita-se, porém, que, já, agora, nos anos noventa têm-se suficientes elementos que indicam a estruturação da LaE segundo Escolas definidas em suas características; principalmente, quando vista sobre o enfoque mais tradicional - de Posner.

Porém, o interesse da AED pela eficiência não é um lugar-comum na teoria do Direito. Enquanto a Ciência econômica deseja que as leis sejam eficientes, o Direito garante que elas sejam justas e válidas dentro do sistema jurídico. Desta forma, ao garantir a justiça das leis, o Direito está zelando pela aceitação das normas pelos indivíduos, garantindo assim a segurança jurídica. Não há que se falar, portanto que as diferentes Escolas da AED não busquem, todas elas, a eficiência do Direito, mas sim que têm visões diferentes sobre o que o Direito deve ser para ser eficiente.

A AED é uma disciplina que se desenvolveu muito rapidamente, deixando importantes contribuições em diferentes áreas do Direito. No entanto, ainda há espaço para alcançar ramos do Direito onde ainda não foi bem recebida e sistemas jurídicos, principalmente de *Civil Law*, como o brasileiro, no qual a AED ainda é incipiente, como se verá adiante.

Assim sendo, o jurídico e o econômico, como ensinam Mercurio e Medema (1999), podem interagir de diferentes maneiras, sendo interessante notar que a dicotomia Direito e Economia tem consequências importantes, não só para disciplinas econômicas e jurídicas, mas para disciplinas adjacentes, como a Ciência Política e Sociologia. Estas diferentes formas de analisar a interação da Ciência Jurídica com a Econômica são o que se convencionou chamar de Escolas, que formam o método de abordagem econômica do Direito conhecido como AED.

Do mesmo modo, Andrés Roemer citado por Gonçalves (1997, p. 111) sugere que “a AED tem como escolas ou vertentes principais a Escola de Chicago, a Neoinstitucional, a chamada vertente da *Public Choice* e a *Critical Legal Studies (CLS)*” que não é uma escola da AED propriamente dita, e sim um movimento de repulsa ao economicismo no Direito. Portanto, na continuação deste estudo monográfico, estudaremos estas Escolas.

2.1 ESCOLA DE CHICAGO

A interdisciplinaridade entre Direito e Economia na Universidade de Chicago, como leciona Duxbury (2001, p. 343) teve seu início com Aaron Director. Seu prestígio como professor do Departamento de Economia contribuiu para que suas ideias também fossem respeitadas na Faculdade de Direito, onde ele lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy*. Na década de cinquenta, Director tornou possível a implantação do primeiro programa especificamente voltado à Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos, em 1958, Director fundou o *Journal of Law and Economics*, tendo como objetivo central divulgar sua concepção de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado.

Ao final da década de cinquenta, ensinam Cooter e Ulen (1988), uma nova linha de pesquisa começa a se estruturar no Departamento de Economia da Universidade de Chicago. Influenciados pela vertente não-intervencionista propagada por Aaron Director, vários professores voltaram sua atenção ao estudo de como uma configuração de mercado poderia alocar os direitos de propriedade de forma a recompensar o trabalho dos membros de um grupo dada a dificuldade de se obter informações adequadas sobre o nível de produtividade de cada um. Os autores concluem que uma primeira tendência seria recompensar cada membro segundo a produtividade média do grupo, mas ressaltam o problema desse cálculo, no sentido de que ele estimularia uma redução da produtividade do grupo como um todo, já que os membros mais produtivos reduziriam sua atividade de forma a equilibrar seu esforço com o que lhe é pago. Concluem, então que o problema de alocação desses direitos de propriedade sobre o salário só poderia ser resolvido pelo mercado com a estruturação de uma empresa ou uma firma. Assim é inaugurado o caminho para que, finalmente, a Escola da AED surgisse em Chicago.

Trata-se da escola de pensamento que dominou o movimento de Direito e Economia, principalmente até a década de 80, com o intuito de entender os efeitos econômicos primeiramente dos contratos, decisões judiciais e leis antitruste, sob a ótica da eficiência econômica. Tanto na sua parte positiva, ou seja, de análises descritivas, e quanto no âmbito normativo, que pretende delimitar o que se deve e o que não se deve fazer para que se atinja o objetivo da eficiência econômica. No entanto, esse domínio quase absoluto da vertente tradicional da AED, com viés puramente eficientista, não demorou muito para ter seus críticos, dentro e fora do âmbito da AED. O próprio Posner como escreve Salama (2012, p. 475) alterou o seu modo de pensar a AED:

Posner definitivamente abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A teoria da maximização da riqueza, escreveu Posner, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”. E, deste modo, Posner reviu sua posição, desta feita de maneira radical. Ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores[...]

Os paradigmas passaram a ser questionados, como, por exemplo o de que a eficiência não poderia ser a fundação ética do Direito, como veremos no decorrer deste estudo. Não obstante, a escola de Chicago continua tendo muitos adeptos, sendo o mais célebre o jurista norte-americano Richard Posner (2005, p. 1583) que ensina que:

O objetivo de um sistema, metodologia, ou doutrina de interpretação contratual é o de minimizar os custos de transação, compreendidos, em sentido amplo, como obstáculos a esforços voluntários de mover recursos para um uso mais valioso. Esses custos podem ser muito grandes quando, induzindo-se as partes a não contratar, eles evitam que os recursos sejam alocados de maneira eficiente. Em razão de os métodos de redução de custos de transação contratuais, como a litigância, são em si mesmos custosos, cuidadosos custos de oportunidade se fazem necessários.¹⁰

Portanto a Escola de Chicago, é o enfoque da AED que mais se difundiu nos EUA e fora dele justamente por ter um caráter extremamente técnico e racional para com a eficiência econômica no Direito, e acima de tudo por ter sido a pioneira em admitir que a Ciência Econômica tem muito a oferecer à Ciência Jurídica. Como leciona Posner (2007, p. 25):

[...] a economia é a ciência da escolha racional em um mundo - nosso mundo - onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, consiste na exploração das implicações da suposição de que o homem busca, de maneira racional, maximizar seus objetivos na vida, suas satisfações: o que chamaremos de seu "interesse próprio".¹¹

¹⁰ No original: The goal of a system, methodology, or doctrine of contract interpretation is to minimize transaction costs, broadly understood as obstacles to efforts voluntarily to shift resources to their most valuable use. Those costs can be very great when, by inducing parties not to contract, they prevent resources from being allocated efficiently. Because methods of reducing contractual transaction costs, such as litigation, are themselves costly, careful tradeoffs are required.

¹¹ [...] la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo – nuestro mundo – donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. La tarea de la economía, así definida,

Como ensinam Mercurio e Medema (1999), não obstante todas as críticas dirigidas à Escola de Chicago, há que se reconhecer que ela teve o mérito de trazer para o centro do debate acadêmico a questão de que as normas e instituições jurídicas influenciam o desempenho econômico. Isso tem importância tanto para os economistas, visto que os modelos neoclássicos nem de longe se preocupavam com essa problemática, quanto para os aplicadores e formuladores do Direito, pois, queiram eles ou não, suas decisões produzem efeitos econômicos, que devem ser melhor compreendidos, sob pena de se produzirem justamente efeitos contrários àqueles que eram pretendidos. Nesse sentido aduz Gonçalves (1997, p. 18):

Com a evolução das idéias surgiu um manancial teórico riquíssimo trabalhando o Direito e a Economia nos EUA, mais precisamente em Chicago - Richard Posner - e Yale - Guido Calabresi. Posner, ao trabalhar o tema inaugurou escola denominada *Law and Economics*, segundo a qual, existe grande importância no estudo das relações entre o Econômico e o Direito, principalmente, por aquele fazer parte da natureza deste; ressaltando, complementarmente, a necessidade de uma atitude interdisciplinar entre as duas ciências para que possa ser garantida a certeza e segurança jurídicas bem como a eficiência econômica; entendida, esta, em termos de maximização da riqueza.

Um exemplo de como a Ciência Econômica deve ter seu instrumental teórico utilizado pelo Direito é o que traz a questão da obrigatoriedade de o vendedor e/ou produtor de algum bem qualquer, garantir a troca ou ressarcimento do valor, caso o produto não esteja em perfeitas condições de funcionamento, pois, de acordo com a Escola de Chicago uma vez que o consumidor quisesse ele deveria poder optar por correr o risco de o produto vir danificado podendo assim pagar uma quantia menor pelo bem.

Nesse sentido leciona Coase (1960, p. 14):

[...]normas regulatórias gerais, que devem ser aplicadas a uma variedade de casos, terão seu cumprimento exigido pelo Estado em situações para as quais se mostram completamente inapropriadas. A partir dessas considerações, conclui-se que a regulação governamental direta não necessariamente traz melhores resultados do que deixar que o problema seja resolvido pelo mercado ou pela firma. Da mesma forma, não há razão para não sustentar que, em certas ocasiões, a aludida regulação administrativa pelo governo não levará à melhora da eficiência econômica.

consiste en la exploración de las implicaciones de suponer que el hombre procura en forma racional aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos su “interés propio”.

Coase, como veremos a seguir, portanto, contraria Alfred Pigou a respeito das externalidades positivas ou negativas que as transações geram. Pigou considerava que a única forma de solucionar o problema da externalidade negativa era através de impostos sobre quem as gerava. Já Coase defendia que as partes deveriam chegar em um comum acordo de quem deveria internalizar os custos de transação, ou seja as externalidades negativas, assegurando assim a distribuição mais eficiente.

2.1.1 Teorema de Coase

Ronald Coase foi um economista britânico, ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 1991 por sua descoberta e esclarecimento sobre o significado dos custos de transação e dos direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia. É considerado o precursor do campo de estudo de AED com o seu posteriormente chamado “Teorema de Coase”.

Sendo assim, Ronald Coase é considerado o fundador da Análise Econômica do Direito. E em seu artigo intitulado “O problema do Custo Social” (1960), Coase leciona que os custos de transação e como minimiza-los são objeto principal da AED e não o desestímulo às externalidades por meio de sanções, como defendia Pigou.¹²

Como escreve Coelho (2007, p. 6):

Em linhas gerais, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. A pergunta central deixa de ser, então, a de como restringir as atividades do poluidor por meio da imposição de direitos e deveres, como fazia Pigou, para concentrar-se no problema de maximização do benefício geral. Partindo dessa observação, Coase conclui pela irrelevância do conceito

¹² Arthur Cecil Pigou foi um economista inglês, aluno e sucessor de Alfred Marshall na cátedra de economia política da Universidade de Cambridge (1908-1943). Contrariou doutrinas econômicas vigentes e a tradição neoclássica em relação à substituição da ação industrial privada pelo estado. Ele desenvolveu o conceito da taxa de Pigou, uma medida do estado para influenciar o comportamento de agentes econômicos no mercado, com o objetivo de corrigir externalidades negativas. A taxa pigouviana (também conhecida por imposto pigouviano) é um tributo aplicado a uma atividade de mercado que esteja gerando externalidades negativas (custos a alguém que não seja a pessoa a quem o tributo é imposto), e destina-se a corrigir uma falha de mercado, equalizando o custo social das externalidades negativas. Na presença de externalidades negativas, o custo social de uma atividade de mercado não é coberto pelo custo privado da atividade. Um exemplo frequentemente citado de externalidade é a poluição ambiental.

de externalidades e assim cristaliza seu teorema fundamental de que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

Para o economista inglês, portanto, se não houvesse custos envolvidos em transações de mercado, ou seja, se não houvesse custo para os interesses envolvidos, bastaria que as decisões judiciais estabelecessem um arranjo claro dos direitos das partes em conflito. No entanto, Coase reconhece que deve se levar em conta as consequências econômicas das decisões jurídicas, uma vez que as transações na realidade implicam custos significativos, o que faz com que as alocações de direitos entre as partes possam ser modificadas. As consequências econômicas da aplicação e cumprimento do Direito é, em suma, o eixo central em que gira seu teorema, e objetivo fundamental dos estudos da AED. No entanto, o foco dos estudos de Coase sempre foi a empresa, a qual para a economia neoclássica visa maximizar os lucros. Sendo assim, o objetivo de busca da eficiência econômica, nunca foi um entrave. Porém, o objeto central dos estudos da AED, com o passar do tempo, deixa de ser a empresa e começa a ser o indivíduo. E, embora o objetivo de busca de benefícios máximos, seja universalmente aceito para empresas, para indivíduos certamente não. Assim, a AED teve que se tornar mais cautelosa e adotar premissas mais brandas, já que a maximização de benefícios para os indivíduos não pode ser quantificada, nem reduzida à maximização de riquezas monetárias. Nesse sentido escreve Gonçalves (1997, p. 49):

O que se está a tratar é da dicotomia entre os critérios decisórios político-jurídicos embasados em noções metafísicas de justiça e equidade ou de interesse público e as idéias racionais dos juristas-economistas, que defendem soluções econômicas eficientes para problemas jurídicos; de forma a minar as idéias intervencionistas da economia do bem-estar pigouviana aplicadas à economia norte-americana dos anos sessenta, em defesa, agora, de uma economia de livre mercado ainda sujeita à intervenção estatal, mas segundo premissas de internalização de custos apregoada por Coase.

A participação do Estado, através do Direito, na realidade econômica leciona Klein (2011, p. 75), pode ser vista de maneira intervencionista ou não-intervencionista. Os adeptos da primeira vertente, entendem que o papel do Estado é de fomentador da igualdade e da organização da vida em sociedade. Já os que apoiam o não-intervencionismo, caso de Ronald Coase, afirmam ser o Estado apenas o garantidor da livre transação entre indivíduos, tendo o

Direito apenas a função de garantir a eliminação ou a redução dos custos destas transações. Portanto em seu Teorema, Coase observa que a delimitação inicial correta dos direitos legais tem um efeito direto sobre a eficiência ou ineficiência com que o sistema econômico opera. Deve-se lembrar que em “O problema do custo social”, Coase analisa a probabilidade de que as transações de mercado sejam realizadas livremente, sem obstáculos ou custos. O economista inglês, acrescenta que, se as transações econômicas assumissem que os custos de transação fossem zero, o único que importaria, além das questões de equidade, seria que os direitos das diferentes partes fossem bem definidos e os resultados das ações legais fáceis de prever a fim de que as transações individuais se tornassem eficientes. Como salienta Gonçalves (1997, p.173):

O Teorema de Coase parte das pressuposições de que os custos de transação são zerados; da voluntariedade da troca; do perfeito conhecimento do mercado que deve ser competitivo; de um Sistema de Justiça gratuito; de maximização de lucros dos produtores e de vantagens dos consumidores e, finalmente, de não haver efeito sobre a riqueza em função da troca.

Portanto o Teorema de Coase pode ser entendido como, a ótima alocação dos recursos de forma privada pelos agentes, ou seja, quando os custos de transação são mínimos, a solução mais eficiente se dá sem a intervenção do Estado. Pois, tendo bem definidos e garantidos seus direitos de propriedade as partes negociam e assumem as externalidades entre si, de maneira mais eficiente para todos do que a ação estatal poderia conseguir prever.

Porém, como restou explanado, quando os custos de transação são significativos, ou seja, quando as externalidades são muito altas e/ou com múltiplos agentes afetados, a ação estatal deve intervir de acordo com critérios definidos de forma a maximizar os ganhos e minimizar as perdas para a coletividade de agentes. Para isso a ação estatal deve lançar mão dos instrumentos econômicos da eficiência que veremos a seguir. Nesse sentido leciona Posner citado por Gonçalves (1997, p.175):

Posner dá a resposta afirmando que quando os custos de transação do mercado são proibitivos, os direitos devem ser concedidos àqueles que mais os valorizem. Aqui, é aplicado o critério de Kaldor-Hicks, como critério de eficiência para Posner. Propugna-se, assim, uma redistribuição do direito de propriedade segundo seu uso mais eficiente, que, em não ocorrendo no mercado, devido aos seus altos custos de transação, pode ser realizada em um Tribunal[...]

Em vista disso, resta claro que os adeptos da Escola de Chicago - de Richard Posner e Ronald Coase - entendem que o Direito deve ter como premissa a busca pela eficiência

econômica. Eficiência essa que deve seguir o modelo de Pareto ou de Kaldor-Hicks. Além disso, a hipótese promovida pela Escola Chicago de que a eficiência deve ser o fator predominante que molda as regras, procedimentos e instituições do Direito, é um critério defensável no contexto da tomada de decisão judicial uma vez que as considerações sobre “Justiça” de modo geral, podem introduzir uma ambiguidade inaceitável para o processo judicial e legislativo, visto que não há consenso sobre o que é justiça, pelo fato de carecer de critérios objetivos para fornecer seus fundamentos, o que não ocorre com a eficiência como veremos a seguir com os critérios de Pareto, Kaldor-Hicks e PEES analisando suas diferenças, peculiaridades e aplicações.

2.1.2 Teorias de Eficiência: Pareto, Kaldor-Hicks e PEES

Simon e March (1967, p. 174) ensinam que os indivíduos nem sempre fazem a escolha ótima em suas tomadas de decisões, porquanto não possuem conhecimento de toda a gama de possibilidades para determinado evento, acabam por fazer a escolha satisfatória em vez da escolha ótima. Isto é “a diferença entre revistar um palheiro em busca da agulha mais pontuda que nele se encontre e revistar o palheiro para encontrar uma agulha bastante pontuda para costurar.” Porém para a AED, diferentemente das decisões particulares dos cidadãos, é de suma importância sempre buscar o ponto ótimo das situações decisórias para atingir o ponto de maior eficiência econômica sem abdicar da justiça. Dito isto, as teorias de “ótimos de eficiência” são de suma importância para a AED uma vez que a mesma tem por objetivo maximizar a eficiência na alocação de escassos recursos em uma sociedade de desejos de consumo ilimitados, sendo assim teorias de níveis ótimos de alocação eficiente desses recursos fazem-se imprescindíveis.

Gonçalves (1997, p. 51) leciona a respeito do ótimo de Pareto que:

O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação onde não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes onde alguns estão em situação melhor e não houve piora na situação dos outros agentes temos uma melhoria de Pareto. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão melhores, ou pelo menos iguais, então temos que esta foi eficiente no sentido de Pareto.

Como se vê, o conceito de eficiência conhecida por “Ótimo de Pareto” foi desenvolvida por Vilfredo Pareto e pode ser compreendido como o estado de alocação ótima

dos recursos de forma que seja impossível melhorar a situação de um dos agentes sem piorar a de outro. Ou seja, no ponto ótimo de Pareto nada pode ser feito para redistribuir melhor a riqueza sem que alguém tenha que perder sua condição. Vejamos o que aduz nesse sentido Tabak (2014, p.8):

O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação onde não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes onde alguns estão em situação melhor e não houve piora na situação dos outros agentes temos uma melhoria de Pareto. Pode-se associar a eficiência de Pareto à unanimidade. Ao introduzir determinada política pública ou norma legal se todos os agentes que são afetados estão melhores, ou pelo menos iguais, então temos que esta foi eficiente no sentido de Pareto.

No entanto, uma decisão ótima em Pareto, nem sempre é uma decisão justa, visto que o ótimo de Pareto é um instrumento econômico que mede unicamente a eficiência não a justiça. Como exemplifica Vasco Rodrigues (2007, p. 27):

Dizer que uma situação é Pareto-Eficiente, é um ótimo de Pareto, não é o mesmo que dizer que é justa, boa ou correta. Por exemplo, se duas pessoas famintas tiverem que distribuir entre si dois quilos de arroz e uma se apoderar e toda comida, a situação resultante é um ótimo de Pareto: não é possível aumentar a satisfação da pessoa que não recebeu arroz sem prejudicar a que dele se apropriou. No entanto, presumivelmente, a maioria das pessoas não considerariam essa distribuição justa.

Por sua vez, o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks visa aperfeiçoar e ir além do conceito de Pareto afirmando que, a alocação ótima dos recursos se dá quando não se pode melhorar a situação de um dos agentes sem que a situação de outro agente não possa ser recompensada com os ganhos do primeiro. É o que ensina Gonçalves (1997, p. 53):

Considerando que no mundo real sempre existem ganhadores e perdedores, Kaldor e Hicks desenvolveram raciocínio que levasse a uma compensação potencial. Desta forma, um estado de coisas X é eficiente, em termos de Kaldor-Hicks, em relação a outro estado Y, se, depois de modificar-se do estado X para o estado Y, verificar-se a possibilidade de compensação dos perdedores por parte dos ganhadores com esta mudança. Assim, a Eficiência Potencial de Kaldor-Hicks caracteriza-se por toda a situação em que aquilo que pode melhorar a posição de alguém é mais valioso do que os prejuízos causados a outrem que se vê diminuído em seu bem-estar[...]

Portanto para o critério Kaldor-Hicks não importa se os agentes individualmente ganham ou perdem com determinada ação maximizadora de riquezas o que interessa para a

eficiência Kaldor-Hicks é que a soma dos benefícios seja maior do que a dos prejuízos para o grupo, tendo a potencialidade, assim de se repararem as perdas dos agentes prejudicados. Nesse sentido aduz Tabak (2014, p. 8):

Um dos mais conhecidos é o de Eficiência de Kaldor-Hicks, que é definido como a confrontação dos benefícios e custos sociais de determinada norma. A introdução de uma norma jurídica gera benefícios para alguns agentes e custos a outros agentes. Caso o benefício total seja maior que o custo total da introdução de determinada norma esta é eficiente no sentido de Kaldor-Hicks.

Caliendo, no mesmo sentido, leciona que:

[...]no critério Kaldor-Hicks, há situações eficientes mesmo com perdas para algum agente econômico. Desta maneira, uma melhoria de Pareto pode não corresponder a um incremento numa situação contemplada pelo modelo Kaldor-Hicks. A perspectiva de cada tipo de eficiência é diferente. O modelo paretiano é voltado para os prováveis perdedores, enquanto o modelo Kaldor-Hicks tem como ponto de referência a análise sob o prisma dos vencedores em uma determinada mudança. (Apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2010, p. 8)

O ótimo de eficiência de Kaldor-Hicks, portanto, é um método de analisar alocações de recursos entre pessoas que, aperfeiçoando o critério de Pareto, aplica-se a circunstâncias mais amplas. Tem-se um ótimo de Kaldor-Hicks quando aqueles que se beneficiam com determinada ação podem hipoteticamente compensar aqueles que são prejudicados por ela.

Mankiw (2001, p. 405) demonstra a distinção entre os critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks, através de um exemplo no qual um governo local decide facilitar o acesso à moradia pois os preços do aluguel naquela comunidade são considerados caros. O governo, portanto, estipula um valor máximo para os aluguéis cobrados. Feito isto, a procura por imóveis para alugar aumenta exorbitantemente, pois agora há muitos inquilinos com capacidade de pagar pelos aluguéis. Não havendo apartamentos para todos o governo do exemplo deve criar um critério para distribuir os apartamentos entre os interessados. Uma vez decidido o critério a ser utilizado, não importando qual, fato é que alguns interessados irão ficar sem apartamento para alugar, gerando sublocações dos inquilinos que agora tem o “direito” de alugar para os que tem condições econômicas de alugar. O que foi feito, em síntese foi a mudança de uma situação que era a mais eficiente no sentido de Pareto para uma que é mais eficiente no sentido Kaldor-Hicks, pois agora os indivíduos que tem mais recursos indenizam, através do valor das sublocações, os que tem menos, sem diminuir o montante total.

O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), elaborado por Gonçalves e Stelzer, por sua vez, entende que a interação entre Direito e Economia deve se dar através de

políticas jurídicas de inclusão social, a fim de solucionar os problemas da vida em sociedade com eficiência e eficácia de forma humanizada respeitando-se o Mínimo Ético Legal (MEL). Nas palavras de Gonçalves e Stelzer (2014, p. 262) o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES):

[...]justifica-se, delimitando, como categoria teórica, distinta possibilidade de interação econômico-jurídica socialmente inclusora; progressista e capacitada para a realização dos Direitos individuais e sociais de forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada, sem perder de vista os dilemas da vida, especialmente humana, em meio aos contextos econômicos, políticos e jurídicos. Enquanto o Direito busca dado critério de justiça, a Ciência Econômica se ocupa do dilema da escassez e da necessidade de eficiência no uso dos recursos produtivos. Justiça e eficiência são metades da mesma verdade que se sobrepõem alternadamente ou se complementam ordenadamente, mormente, segundo a visão determinista de Karl Marx (1982, p. 10); a ação concatenada de Rudolph Stammler (1929, p. 138) ou, ainda, a interação simbiótica entre o Direito – verdade formal e o fenômeno econômico – verdade real. Objetiva-se, então, a assunção do PEES, como opção de política jurídica, próprio tanto para a elaboração quanto para aplicação da norma como para sua possível análise judicial.

Diante do exposto, nota-se que os conceitos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks embora muito úteis para o Direito, são critérios da Ciência Econômica e, se não forem utilizados de forma a promover o equilíbrio social, podem causar grandes injustiças. Como lecionam Gonçalves e Stelzer (2014, p. 272) o PEES é uma nova forma de se buscar a eficiência sem se esquecer do custo social inerente à maximização dos benefícios, senão vejamos:

Resta, pois, novo arranjo do Direito com a Economia, buscando eficiência, sim; porém, dentro de limites determinados pelo Estado, segundo se entende por Mínimo Ético Legal (MEL). Tal arranjo denomina-se Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES). Destarte, justifica-se que, se a análise econômica de custos e benefícios pode não considerar critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submeter outro a carências; por outro lado, a distribuição regressiva leva a maiores injustiças em termos materiais. Dessa forma, devem ser considerados critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica. Torna-se útil o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito entre os sujeitos de direito, além de programas ou políticas distributivas a serem, cautelosamente, implementados pelo Estado; já que, infelizmente, nem sempre são computadas, no cálculo utilitário decisório as externalidades negativas e positivas. A regulamentação, em busca da eliminação do desequilíbrio social, deve determinar a obrigação de compensação dos desfavorecidos ou destituídos de suas prerrogativas em função da adoção de possibilidades eficientes. Dessa forma, seja nas negociações ou na tomada de decisões, a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico como defendido segundo o PEES.

Portanto, os critérios de eficiência (seja de Kaldor-Hicks ou de Pareto) são critérios que podem ajudar o legislativo e o judiciário na criação e aplicação das normas jurídicas, no entanto deve-se sempre levar sempre em conta o PEES para que tais critérios econômicos não sejam usados de forma desumanizada, garantindo assim a eliminação das desigualdades sociais. Conforme exposto, se bem utilizados, os critérios de eficiência podem ser descritos como regras de maximização da riqueza e do bem-estar geral, onde os benefícios compensam as perdas, ou que os beneficiários tenham potencialidade suficiente para compensar as partes prejudicadas.

2.2 ESCOLA NEOINSTITUCIONAL

O Neoinstitucionalismo na Economia e a integração da AED nos currículos das faculdades de Direito das universidades americanas mais importantes, embora com diferentes graus de ênfase, influenciaram drasticamente a realidade econômica e jurídica atual. Em nível teórico, sua influência mais importante foi a introdução de um vocabulário e temas específicos no diálogo comum dos juristas e de economistas, e principalmente, no diálogo entre juristas e economistas. No plano prático, tanto jurídico como político, a influência da AED tem sido um dos fenômenos mais surpreendentes, já que seus argumentos e contribuições teóricas foram e são usados com profusão nos tribunais, na qual os trabalhos de Posner e Calabresi tiveram uma influência importante.

A relação entre o Direito e a Economia então, começou a refletir no desenvolvimento de políticas para promover o desenvolvimento através da influência das instituições jurídicas. Com o objetivo de construir um verdadeiro Estado Democrático de Direito como condição para o desenvolvimento econômico baseado no mercado. Assim, a Escola Neoinstitucional apregoa que o progresso econômico através de uma sociedade de mercado requer o estabelecimento de um quadro jurídico institucional que o torne possível. Portanto a Economia, para os adeptos deste enfoque da AED, é a base material das relações sociais, para que haja uma relação interativa entre Economia e Direito.

Como visto, o estudo da interação entre Direito e Economia se dá em duas direções: por um lado, como a Economia contribuiu para a análise do Direito e sua transformação e, por outro, a forma como a lei contribuiu para transformar a análise econômica, ou seja, como que os institutos jurídicos alteram a realidade econômica. Na perspectiva conhecida como Escola Neoinstitucionalista que tem como expoentes autores como Louis de Alessi e Oliver E. Williamson dentre outros, o Estado foi criado para proteger o capital tendo as políticas

econômicas, portanto, o dever de zelar pela utilização mais eficiente do mesmo. É o que leciona Gonçalves (1997, p. 119):

Basicamente, este enfoque, propugna pela utilização mais eficiente da propriedade que, em última análise, não é inerente, exatamente ao objeto ou res, e sim, trata de uma expectativa de uso e de utilidade desse objeto. Trata-se, pois, de uma visão economicista mais ampla do que a estrita relação homem-objeto do Direito tradicional romano, ou seja, trata-se de abordar a propriedade do ponto de vista das relações sociais entre homem-homem em relação à existência dos objetos e seu uso. Assim, é justificado o abandono das máximas romanas *do jus abutendi, jus fruendi e jus utendi* em função de uma apropriação eficiente da possibilidade de uso dos objetos de propriedade.

Vale enfatizar que a Escola de Chicago, como restou demonstrado, pressupõe o uso dos instrumentos da teoria econômica, especialmente da Microeconomia, na análise e na elaboração dos processos jurídicos. Já a Escola Neoinstitucionalista, vai na direção da Economia institucional, ou seja, na análise dos efeitos da lei e da existência de regras na estrutura dos incentivos, no ambiente institucional e em geral das decisões do comportamento econômico.

Para a teoria neoinstitucional, portanto, os custos de transação são toda uma gama de conceitos destinados a esclarecer os custos associados às interações econômicas humanas. Como os custos da informação, os custos da intermediação, os custos da fraude e do oportunismo, os custos decorrentes da incerteza, dentre diversos outros. Nesse sentido aduz Gonçalves (1997, p. 120):

Os neoinstitucionalistas preconizam que a forma como são distribuídos os direitos de propriedade e os custos de transação interferem no comportamento econômico, incentivando ou obstaculizando um uso racional da propriedade. Esta perspectiva é surpreendente uma vez que se vislumbra a possibilidade de justificação do ato de infringirem-se custos a terceiros, por exemplo, no uso de uma propriedade qualquer causando externalidades prejudiciais a bens de terceiros; também, é inovadora por propiciar a tendência locativa da propriedade para as mãos mais eficientes.

Para os neoinstitucionalistas, os desempenhos das economias e políticas históricas e contemporâneas argumentam contra o fato de que os indivíduos realmente sabem o que os beneficia. Primeiro, porque a noção de utilidade das pessoas pode incluir, e certamente inclui, outros componentes que não a riqueza. Em segundo lugar, porque é razoável assumir que as funções de utilidade diferem e comparações interpessoais de utilidade não devem ser feitos. Neste contexto, ferramentas como a análise custo-benefício, que tenta medir a eficiência com base observável, podem funcionar para analisar mudanças nas riquezas produzidas por políticas

públicas, mas podem não ser universalmente aceitas para analisar os efeitos sobre a utilidade das pessoas.

A diferença do que aconteceu até então, os objetivos propostos para o sistema legal pelos neoinstitucionalistas, apesar de trabalhos, como os de Posner, não eram de aplicação direta da Microeconomia, à análise do sistema legal. Mas sim de entender que os indivíduos são racionais, no sentido de que maximizam sua utilidade em situações não mercantis como o fazem em situações de mercado.

As leis e regulamentos, portanto, são sanções e incentivos para o indivíduo e, sob a ótica Neoinstitucionalista, a função básica do Estado deve ser alterar esses incentivos de modo a favorecer uma utilização mais eficiente da propriedade, ou seja, as instituições são intrínsecas a realidade jurídico-econômica. Escreve a esse respeito Gonçalves (1997, p. 121):

A análise institucional leva, pois, em conta, além do formalismo matemático microeconômico, a Análise da Economia como universo de relações sociais, as transações como unidade de análise, o instituto do contrato, seus limites e hierarquia, a importância da ação coletiva, incertezas e expectativas econômicas, dentre outras variantes. A perspectiva da nova economia ou Property Rights questiona, em última análise, a possibilidade de inversão da riqueza segundo sua melhor utilização - eficiente - a ser determinada pelo Direito em desfavor de manutenção de um critério outro que não o citado inerente à eficiência para determinar o direito adquirido.

Neste contexto, é possível, em princípio induzir mudanças de comportamento através das instituições jurídicas. Estabelecer uma regra de responsabilidade para as empresas que poluem o meio ambiente, por exemplo, seria equivalente a aumentar o preço dessa atividade o que induziria as empresas a reduzir os níveis de poluição. Da mesma forma, as maiores multas, ou penalidades irão alterar o comportamento. Sendo assim, os neoinstitucionalistas consideram que as instituições são importantes para a atividade econômica e para como os agentes irão se comportar. Ou seja, o ordenamento pátrio, as leis, e a jurisprudência, influenciam na tomada de decisão dos agentes em sociedade. Uma vez que as pessoas buscam a maximização de seu bem-estar, porém nem sempre sabem avaliar o que é melhor ou pior para elas. Os teóricos neoinstitucionalistas entendem que as instituições, ou seja, o conjunto de regras do ordenamento jurídico, devem garantir a maximização do bem-estar dos indivíduos.

Em síntese, a Escola Neoinstitucional, como lecionam Cooter e Ulen (1988, p.14) tem por objeto o estudo e a compreensão das relações entre o sistema econômico e o sistema legal. Para os economistas, as sanções são como os preços, e os indivíduos devem responder a essas sanções de uma maneira muito semelhante à forma como respondem aos preços, isto é,

consumir menos da mercadoria mais cara, de modo que, em teoria, os indivíduos respondem às sanções legais mais graves, levando a cabo a atividade sancionada menos. Assim, a lei funciona mais do que somente como sanção, mas como incentivo para o cumprimento das normas. A Economia então oferece uma teoria do comportamento para prever como os indivíduos respondem às mudanças nas leis. A Economia também oferece um critério normativo útil para a aplicação do Direito às políticas públicas. Como leciona Levi (1991, p.84):

as decisões institucionais que produzem como consequência não-intencionada um solapamento daquilo que chama consenso contingente e que, por isso, elevam os custos de implementação das regras. O abandono do consenso contingente precipita a mudança quando eleva o poder de barganha daqueles que não mais aceitam ou deslegitimam os recursos coercitivos em voga.

De fato, os instrumentos de economia possibilitam prever os efeitos das políticas de eficiência. Sendo o critério de eficiência relevante para a elaboração das leis, uma vez que é sempre preferível alcançar qualquer política a um custo menor. No entanto, o fato de a Economia oferecer uma “fórmula exata” para prever os efeitos das regras legais sobre o comportamento humano, não quer dizer que não se deva buscar distribuição social da propriedade. Pois, o Neoinstitucionalismo não se preocupa tanto com a formalização matemática dos modelos econômicos, mas com as técnicas de quantificação e mensuração das variáveis que importam para o desempenho econômico. Eles não pressupõem harmonia e consistência analítica, ao contrário, enfatizam os conflitos e contradições da Economia. Instituições são o marco de referência sob o qual as atividades econômicas são realizadas, pois são estruturas que permitem ou tentam resolver conflitos e contradições econômicas, operando como mecanismos de controle social que limitam as ações maximizadoras dos indivíduos.

2.3 ESCOLA DA *PUBLIC CHOICE*

A Escola da *Public Choice* (Escolha Pública) tem por expoentes Gordon Tullock e James Buchanan e seu objetivo é utilizar a soma das vontades individuais, para determinar quais as políticas que o Estado irá desenvolver economicamente através de planos de governo, embasados em normas e regulamentos, entre as diferentes formas possíveis de intervir na realidade econômica a fim de maximizar o bem-estar coletivo. Assim sendo, a Escola da *Public Choice* pretende estudar as tomadas de decisão governamentais que visam garantir o bem-estar social. Leciona Saavedra (2015, p. 1):

A teoria da escolha pública criada por Gordon Tullock e James Buchanan dá a base para esta escola. Como se sabe, os autores mencionados estudam como as decisões públicas são influenciadas por interesses individuais, seja dos grupos de interesse, seja dos próprios públicos / políticos. Assim, a atenção mudaria de falhas de mercado para falhas do processo político. Curiosamente, não há nenhuma oposição marcante desta escola à teoria de eficiência do *Common Law*, mas sim à criação legislativa do Direito. A razão estaria na superioridade do princípio *stare decisis* para corrigir as eventuais falhas na formulação da Lei, enquanto a produção legislativa da Lei estaria exposta a falhas políticas. Embora a ideia possa parecer sugestiva à primeira vista, deve-se reconhecer que ela pressupõe a ausência de pressão sobre os juízes ou que não seria capaz de se replicar ao longo do tempo (como para justificar a validade do precedente).¹³

No mesmo sentido escreve Gonçalves (1997, p. 124):

Destaca-se a obra do Prêmio Nobel James M. Buchanan *Custo e Escolha* uma indagação em Teoria Econômica onde discute-se a necessidade de escolhas coletivas em processos políticos que levem à otimização das diversas possibilidades em função do bem-estar e conforme à premissa de que o homem é egoísta, racional e maximizador de utilidades. Buchanan encabeça a chamada Economia Política de Virgínia juntamente com Gordon Tullock.

Em geral, este ramo da AED estuda as "falhas do governo" como uma resposta àqueles que argumentam que o governo deve intervir diante das chamadas falhas do mercado. Entende-se que na verdade as falhas vêm das ações equivocadas e mal planejadas do governo e não do mercado. Portanto, "Se, coube, ao Estado, intervir, no mercado, como agente econômico ou regulador, tal qual afirmaram Pigou, Keynes e os intervencionistas do *Welfare State*, cabe, agora, através da *Public Choice*, fazê-lo de maneira eficiente." (GONÇALVES, 1997, p. 124)

De acordo com Buchanan (1980) as decisões políticas, que são feitas pelos governantes responsáveis pela gestão estatal, necessariamente geram custos para os indivíduos e a sociedade no seu conjunto. Por sua vez esclarece Gonçalves (1997, p. 126):

A *Public Choice* basicamente trabalha a possibilidade de adoção de políticas públicas que venham corresponder aos interesses individuais e coletivos de

¹³ No original: La teoría de la elección pública creada por Gordon Tullock y James Buchanan otorga la base a esta escuela. Como se sabe, los autores mencionados estudian cómo las decisiones públicas se encuentran influenciadas por intereses individuales, sea de los grupos de intereses, sea de los propios funcionarios públicos/políticos. Así, la atención se desplazaría de las fallas de mercado a las fallas del proceso político. Curiosamente, no existe una oposición marcada de esta escuela hacia la teoría de eficiencia del *Common Law*, sino más bien hacia la creación legislativa del Derecho. La razón reposaría en la superioridad del principio *stare decisis* para corregir las eventuales fallas en la formulación del Derecho, mientras que la producción legislativa del Derecho se encontrará expuesta a las fallas políticas. Si bien la idea puede parecer sugerente a primera vista debe reconocerse que asume la ausencia de presión sobre los jueces o que la misma no sería capaz de replicarse a lo largo del tiempo (como para justificar la vigencia del precedente).

forma a operar-se uma opção política - escolha - entre possibilidades de custos variados em relação aos benefícios apresentados ou almejados.

Por conseguinte, uma das contribuições fundamentais para a Teoria da *Public Choice* é a distinção entre dois níveis de escolha pública, sendo eles: o inicial, que é quando uma constituição é escolhida, e pós-constitucional. Argumentam os economistas deste enfoque da AED que se deve pensar mais sobre o primeiro nível, em vez de se atuar no segundo. A *Public Choice*, portanto, aplica teorias e métodos de Ciência Econômica à análise de comportamento, uma área que era exclusiva de cientistas políticos e sociólogos. A *Public Choice* deu origem a um campo específico de especialização, revolucionando o estudo dos processos democráticos de tomada de decisão. Como leciona Gonçalves (1997, p. 124):

A Law and Economics, sob o enfoque da Public Choice, está preocupada com o estudo da tomada de decisões governamentais para prover o bem-estar social, optando pela defesa de bens públicos, tais como, meio ambiente, qualidade de vida, defesa dos interesses do País, saúde, educação, etc. Em última análise, é a utilização da Teoria Econômica aplicada à Ciência Política, na medida em que, por critérios de escolha, são definidos planos de ação objetivando maximizar opções dentro de uma perspectiva de escassez.

A Escola da Escolha Pública, portanto entende que o Estado deve ser um agente racional que aplica políticas e planos de governo com o objetivo de fomentar o bem-estar social, conseguindo assim satisfazer seus eleitores de modo a angariar capital político. Assim, para esse enfoque da AED o governo é visto como uma empresa que precisa satisfazer as necessidades dos seus “usuários” para conseguir a rentabilidade dos votos a favor das suas políticas e planos de governo. No entanto, mais importante do que o efetivo resultado das políticas públicas e como o eleitorado irá perceber a ação do governo no aumento do seu bem-estar. Escreve Parisi (2010, p. 21):

À medida que o domínio da análise econômica do direito continua a se expandir, sua perspectiva sobre os pressupostos metodológicos não se estagnou. Embora este ensaio introdutório enfatiza a gama substancial de aplicações, alguma controvérsia ainda rodeia muitas das fundações normativas metodológicos, a abordagem econômica e filosófica com o Direito. A maioria das diferenças ideológicas tende a perder importância porque seus paradigmas operacionais geralmente levam a resultados análogos quando aplicados a casos reais. No entanto, alguns estudiosos acham que o estado atual da análise econômica do Direito é comparável ao estado da economia antes do advento da escolha pública na medida em que faltava uma compreensão de “fracassos políticos” no estudo das falhas de mercado. A escolha pública pode realmente injetar uma perspectiva cética, - e às vezes prejudicial - ao quadro mais simples e elegante da Economia neoclássica, mas este elemento adicional pode bem ser necessária para compreender melhor

uma realidade complexa. De alguma forma, a integração da abordagem econômica ao Direito contribuiu para criar uma ponte entre as perspectivas normativas contraditórias na análise econômica do Direito, pelo menos, trazendo a discussão para o terreno mais firme de teoria da decisão coletiva.¹⁴

Portanto, como restou explanado, a Escola da Escolha Pública tem por objetivo a análise da ação governamental, ou seja, a ação dos políticos, e dos eleitores. Sempre com a ajuda do instrumental teórico-analítico da Economia aplicado ao estudo da Ciência Política, como por exemplo, a escolha por parte dos eleitores de “políticas” e não políticos que guiarão a sociedade. Pois os indivíduos sejam eles eleitores, ou governantes agem, muitas vezes, egoisticamente e não em busca do interesse público. Tendo que o Direito balizar o campo de atuação das políticas públicas a fim de garantir a busca pela maximização do bem-estar social.

2.4 CRITICAL LEGAL STUDIES

Estudos jurídicos críticos (CLS, do inglês) não são uma Escola da AED propriamente dita, mas sim uma série de estudos críticos que procuram fundamentalmente alterar o Direito, expondo-o não como um sistema racional de sabedoria acumulada, mas como uma ideologia que apoia e possibilita um sistema político injusto. Os estudiosos da CLS contrariam a ideia da AED de utilizar instrumentos da Ciência Econômica no Direito, alegando que esse “tecnicismo economicista” prejudica a busca por uma sociedade justa e igualitária. A lei, na seara de estudos da CLS, é uma ferramenta usada pelo *establishment* para manter seu poder e dominação em relação a um status quo desigual. Como leciona Heinen (2016, p. 245):

¹⁴ No original: A medida que el dominio del análisis económico del Derecho continúa expandiéndose, su perspectiva sobre asuntos metodológicos no se ha estancado. Si bien este ensayo introductorio enfatiza la amplia gama de aplicaciones sustanciales, cierto grado de controversia todavía rodea varios de los cimientos metodológicos, normativos, y filosóficos del enfoque económico hacia el Derecho. La mayor parte de las diferencias ideológicas tienden a perder importancia porque sus paradigmas operativos a menudo conducen a resultados análogos cuando se aplican a casos reales. Sin embargo, algunos académicos perciben que el estado actual del análisis económico del Derecho es comparable al estado de la Economía antes de la llegada de la teoría de la elección pública en la medida que faltaba una comprensión sobre las “fallas políticas” en el estudio de las fallas del mercado. La elección pública puede de hecho inyectar una perspectiva escéptica -y a veces perjudicial- al marco más simple y elegante de la Economía neoclásica, pero este elemento agregado bien puede ser necesario para entender mejor una realidad compleja. De alguna manera, la incorporación sistemática de la teoría de la elección pública al enfoque económico hacia el Derecho ha contribuido a tender un puente sobre las perspectivas normativas contradictorias en el análisis económico del Derecho, por lo menos llevando la discusión al terreno más firme de la teoría de la decisión colectiva.

O reducionismo da economia à teoria das escolhas racionais faz com que ela se imponha ao Direito, com seu método de análise para explicar todo e qualquer comportamento humano, sem que haja, no entanto, uma contribuição vinda do próprio Direito para essa análise. A imposição do método econômico suplanta a possibilidade de integração entre as disciplinas.

Abertamente um movimento de política de esquerda, a CLS busca subverter a autoridade filosófica e política do que vê como um sistema social injusto. A CLS adianta um projeto teórico e prático de desconstrução e reconstrução do Direito e da própria sociedade. Nesse sentido leciona Minda (1995, p. 110):

Como movimento intelectual, o CLS representa um rico, embora diverso, leque de visões e abordagens teóricas para a compreensão da natureza do direito e das decisões judiciais na era moderna. O Critical Legal Studies oferece uma distinta e progressiva forma da teoria geral do direito, desenvolvida a partir de fontes intelectuais ecléticas. A escrita deste movimento é “crítica”, pois é conscientemente associada com a contracultura e com nova esquerda política dos anos 60. O movimento Critical Legal Studies avançou seus projetos intelectuais ao redescobrir o potencial político da crítica política do direito apresentada pela vertente radical do realismo jurídico, o qual permanecia dormente desde a década de 30.¹⁵

A CLS foi oficialmente iniciada na Universidade de Wisconsin em Madison. No entanto, as raízes da organização se estendem ao Realismo Legal, um movimento jurídico dos EUA que floresceu nas décadas de 1920 e 1930. Como a CLS, o realismo jurídico enfatizou que as decisões judiciais dependem em grande parte das predileções e da situação social do juiz. Assim, os realistas legais pediram que se preste mais atenção ao contexto social da lei. Leciona Gonçalves (1997, p. 127):

Tratando-se o EJC dentro do amplo espectro da Análise Econômica do Direito, frize-se, no entanto, que se está a lidar com enfoque crítico diferenciado daquele inerente à corrente posneriana. De fato, os EJC e a LaE diferem como movimentos acadêmicos interdisciplinares distintos que são. Enquanto a LaE de Posner utiliza do instrumental metodológico da Teoria Econômica para buscar a eficiência e maximização da riqueza, os EJC empregam seus métodos e técnicas fundamentados em fontes e disciplinas filosóficas tais como a Teoria Crítica, o Feminismo, o Estruturalismo e o

¹⁵ No original: As an intellectual movement, CLS represents a rich, albeit diverse, set of views and theoretical approaches for understanding the nature of law and adjudication in the modern era. Critical legal studies offers a distinctive and progressive form of jurisprudence developed from eclectic intellectual sources. The writing of this movement is “critical” because it is consciously associated with the counterculture and the new-left politics of the 1960s. The critical legal studies movement has advanced its intellectual projects by rediscovering the political potential of a political critique of law presented by the radical strand of legal realism, which remained dormant after the 1930s.

Marxismo objetivando uma reformulação do Direito com vistas à democratização da tomada de decisões. De qualquer forma, ambos posicionamentos questionam a postura kelseniana formalista e bastante em si só como ciência pura desvinculada de todo um rico manancial social.

Roberto Mangabeira Unger é o principal teórico da CLS. Além de Unger, os teóricos da CLS incluem Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy e Catharine A. MacKinnon, dentre outros. A CLS tem sido em grande parte um movimento dos EUA, embora tenha muita influência dos filósofos europeus, incluindo teóricos sociais alemães do século XIX, como Karl Marx, Friedrich Engels e Max Weber; Max Horkheimer e Herbert Marcuse da escola de Frankfurt da filosofia social alemã; o marxista italiano Antonio Gramsci; e pensadores pós-estruturalistas franceses como Michel Foucault e Jacques Derrida, representando, respectivamente, os campos da história e da teoria literária. Existem várias subcategorias no movimento CLS: crítica jurídica feminista, que examina o papel do gênero na lei; teoria crítica da raça, que diz respeito ao papel da raça na lei; pós-modernismo, crítica da lei influenciada pelos desenvolvimentos da teoria literária; e uma subcategoria que enfatiza a economia política e o contexto econômico das decisões e questões legais. O próprio Unger (1983 p. 1) descreve que a CLS tem por objetivo refazer o Direito:

O movimento Critical Legal Studies tem minado as ideias centrais do pensamento jurídico contemporâneo, apresentando uma nova concepção do direito em seu lugar. Esta concepção implica numa visão da sociedade e informa a existência da Política.¹⁶

Os estudiosos discordam sobre a medida em que a CLS é um movimento intelectual coerente. Alguns veem isso simplesmente como uma posição política adotada por um grupo disparatado de teóricos legais que têm opiniões fundamentalmente diferentes, mesmo contraditórias. Outros enfatizam que os teóricos da CLS compartilham uma série de ideias e abordagens importantes que, em conjunto, constituem uma nova abordagem jurídica. Nesse sentido aduz Roemer (1994, p. 82):

Por outro lado, tanto a Escola da AED como a da ECJ rechaçam algumas das premissas centrais da Escola do Processo Jurídico: a suposição de que os juízes ou legisladores possam descobrir valores compartilhados e a ideia de

¹⁶ No original: The critical legal studies movement has undermined the central ideas of modern legal thought and put another conception of law in their place. This conception implies a view of society and informs a practice of politics.

que exista um consenso político sobre questões fundamentais. Os partidários de cada movimento defendem um novel realismo que leve em consideração o profundo conflito existente em um mundo repleto de agudas diferenças políticas e econômicas; um mundo no qual abunda por todas as partes a escassez, o privilégio e a desvantagem.¹⁷

Assim sendo, a primeira das ideias básicas que os estudiosos da CLS tendem a compartilhar é a noção de que a lei é política - em outras palavras, que o Direito e a política são indistinguíveis um do outro. De acordo com os teóricos da CLS, portanto, o Direito não é separado do domínio político e suas disputas. Leciona Tushnet (1991, p. 1518):

Se os estudos críticos do direito são o local para as pessoas que se identificam com um projeto político específico, a psicologia da auto identificação exige que eles se vejam compartilhando certos compromissos intelectuais, para ser um local político na Academia em vez de ser, por exemplo, uma localização política na política eleitoral.¹⁸

Heinen (2012, p. 9), por sua vez leciona que a AED, em seu enfoque tradicional de Chicago é na verdade um instrumento político do Neoliberalismo:

A avaliação de questões jurídicas por meio das ferramentas econômicas poderia possibilitar a quantificação e a criação de um sistema de informações semelhante ao mecanismo de preços, facilitando, assim, o processo decisório dos magistrados e também a adoção de determinadas normas pelo legislativo. Os argumentos de Posner, porém, apesar de almejam o alcance da eficiência pelo caminho supostamente “natural” da economia, implicam a imposição de padrões, práticas e maneiras de pensar e agir vinculadas a uma perspectiva econômica (o neoliberalismo) para as mais diversas áreas da vida mediadas pelo judiciário e pelo legislativo. Esse transplante da lógica neoliberal para o direito não é, porém, neutro. Poder-se-ia afirmar, com apoio em Dardot e Laval (2010) que a AED-Chicago se configura como um dos mecanismos de reconfiguração do Estado neoliberal, que passa a atuar como difusor daquelas que são consideradas as “melhores práticas” pelo sistema econômico.

¹⁷ No original: Además, la Escuela de Análisis Económicos del Derecho y la EJC rechazan algunos de los criterios centrales de la Escuela de Procesos Legales: en la suposición de que jueces o legisladores pueden descubrir valores compartidos y pensar que existe un consenso político sobre cuestiones fundamentales. Ustedes partidarios de cada movimiento defienden un nuevo realismo que emerge ligero o profundo conflicto existiendo en un mundo lleno de nítidas diferencias políticas y económicas; Un mundo que no es abundante en todas partes para escaso, o privilegio y la desventaja.

¹⁸ No original: Si los estudios críticos del derecho es la locación para gente que se identifica a si misma con un proyecto político particular, la sicología de la autoidentificación requiere que ellos se vean a si mismo como compartiendo ciertos compromisos intelectuales, para ser una locación política en la Academia, em lugar de ser, por ejemplo, una locación política en la política electoral.

Face ao exposto, é notório o caráter político-ideológico da CLS contra o liberalismo e sua aversão ao “eficientismo” e “economicismo” da AED, principalmente no seu enfoque mais tradicional que é o de Posner. Nesse sentido leciona Godoy (2010, p. 207) a respeito do pensamento de Mangabeira Unger:

Segundo Mangabeira, a noção formal e analítica de alocação de recursos e de eficiência substancializa teoria muito particular de crescimento econômico, bem como simplesmente a defesa de ordem institucional também particular. O Law & Economics radica no projeto científico do século XIX, do qual o liberalismo jurídico seria o expoente normativo e institucional. Juristas clássicos desenvolveram doutrinas sociais conservadoras, apresentando versão diluída da teoria social moderna, que triunfou no século XX. Para Mangabeira, essas doutrinas buscam uma fórmula canônica de vida social e de personalidade que jamais poderia ser fundamentalmente refeita e repensada, mesmo na luta contra corrupção ou regeneração internas.

Portanto, a CLS visa revisitar e corrigir as demais disciplinas da AED e de todo o Direito que, de acordo com seus adeptos, têm por objetivo perpetuar os sistemas de dominação econômica. Nesse sentido aduz Gonçalves (1997, p. 129):

Ao contrário da LaE, para os EJC, o comportamento racional economicista implica em artifício ideológico que intenta justificar, como escolha privada racional, as desvantagens e privilégios instituídos a partir de uma concepção de mundo que, naturalmente, reflete a posição dominante e politicamente imposta e que perpetua as desigualdades econômico-sociais. Os teóricos dos EJC procuram desmistificar a posição conservadora, dominante e ideológica criada em cima de uma construção jurídicista e legalista que se encerra no senso comum teórico dos juristas a justificar uma prática de exclusão dos desfavorecidos em meio a um discurso em que o referente fica perdido pois o significante olvida-lhe em função da formação de um significado comprometido com a ideologia dominadora. Em função do exposto, os operadores jurídicos reproduzem um discurso vazio em relação ao meio social mas direcionado a um fim claro para os estudiosos dos EJC que é a alienação aos desejos sociais reais em função da manutenção do status quo.

Dessa forma, os estudiosos da CLS, apoiando-se no realismo jurídico norte-americano e no neomarxismo, pretendem transformar as instituições jurídicas, políticas e econômicas a fim de fomentar a quebra do status quo vigente. Afirmando que o caráter alegadamente impessoal dos critérios econômicos, como a eficiência, na verdade são formas de perpetuar a desigualdade e a manutenção do poder nas mãos das elites.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL

Como se viu a AED surgiu no começo da década de 1950, nos EUA e o raciocínio econômico começou a se expandir pelas áreas jurídicas do conhecimento norte-americano, ou seja, para todos os ramos da Ciência do Direito na *Common Law*.

Tal forma de analisar o Direito conseguiu estabelecer-se mais tarde em Estados com uma tradição positivista romana, como é o nosso caso e, assim, o Brasil não foi alheio ao fenômeno de interação institucionalizada entre Ciência Econômica e Direito.

Hoje, referências a essa relação e à Análise Econômica do Direito, em particular, reconheceram tal processo de gestação e expansão em todo o mundo, que determinada doutrina não hesita em entender que essa relação entre ditas Ciências importou a criação de uma nova e promissora disciplina. Disciplina que, em aspectos gerais, pode ser concebida como uma modalidade de pesquisa de um ramo do conhecimento (a Economia), utilizado em outra área do conhecimento (o Direito).

Leciona Gonçalves (1997, p. 208):

Embora a teoria da LaE tenha sido, originalmente, desenvolvida e aplicada em um contexto pós-realista norte-americano em que se questionava a atitude dos julgadores que, em meio à *Common Law*, intentavam resolver as demandas segundo critérios pessoais formadores de uma jurisprudência variada e que gerava incerteza jurídica, seus institutos podem ser plenamente aplicáveis à *Civil Law*. De fato, se na *Common Law* ocorreu a padronização em termos de normatização e positivação de um Direito pensado de forma racional conforme aos ditames da Teoria Econômica, na *Civil Law* isto também é plenamente possível.

A AED pretende desta forma ser influente ou operacional no Direito, tanto no seu viés acadêmico quanto prático. Atualmente, a jurisprudência pátria está atuando de acordo com a realidade econômica, social e política ao qual os casos estão inseridos. Os juízes abandonaram sua postura puramente normativa na interpretação e aplicação das leis vigentes, para passarem a ter a uma abordagem mais global e abrangente da realidade em sua volta. Um juiz que não se concebe mais como uma máquina de julgar, apenas com a letra fria da lei, é a nova tendência dos tribunais brasileiros, e assim os magistrados estão mais conscientes, interessados e comprometidos com a realidade social. Ultimamente é comum encontrar decisões judiciais que analisam a realidade econômica como situação prevalecente, a situação particular das partes.

Os primeiros passos da AED no Brasil deram-se através de contribuições acadêmicas individuais que ao terem contato com ambas áreas do conhecimento, Direito e Economia, e aos

estudos norte-americanos da AED começaram a estudar a aplicabilidade do instrumental teórico da Ciência Econômica no Direito brasileiro, deparando-se inevitavelmente com o primeiro obstáculo que foi o fato do Brasil ser do ramo do Direito da *Civil Law*, positivista, e os EUA serem da *Common Law*, consuetudinária.

Sendo assim, mesmo que não seja uma disciplina amplamente ofertada pelas universidades brasileiras, fato é que cada vez mais estudos estão sendo feitos, influenciando, aos poucos, algumas decisões judiciais e até normas jurídicas. Porém como escreve Faria, o relacionamento entre juristas e economistas ainda é complicado:

As relações entre os economistas (...) e os juristas (...) não têm sido, no Brasil contemporâneo, das mais tranquilas. Muitos desses juristas costumam acusar os economistas que têm trabalhado para nossos governos de, nos seus diferentes planos de estabilização da moeda e programas de desenvolvimento, desprezarem sistematicamente as liberdades públicas e os direitos individuais. Esses economistas, por sua vez, reagem acusando os juristas exclusivamente preocupados com os "direitos dos contribuintes" de não compreenderem a essência do processo econômico e sua racionalidade sistêmica. (Apud GONÇALVES 1997, p. 270)

O crescimento dos estudos de AED no Brasil, como se vê, ainda está longe de ser o ideal, pois mesmo onde a disciplina é ofertada e trabalhada muitas vezes há grande confusão na diferenciação da AED com o Direito Econômico. Ou seja, desenvolve-se o conhecimento interdisciplinar entre Ciência Econômica e Direito, mas não o uso específico do instrumental teórico econômico no Direito, objetivo da AED.

Por força da pouca disseminação do estudo no Brasil, a AED ainda é vista como podendo ser utilizada apenas nas áreas do Direito voltadas à Economia. Forgioni (2006, p. 441) leciona nesse sentido:

quando se pensa em análise econômica do direito imagina-se por vezes que se estará no campo do direito econômico ou comercial ou ainda naquele em que preponderam os modelos econométricos sobre as regras jurídicas. Nada mais enganoso. A análise econômica do direito pretende aferir a maior ou menor eficiência das operações negociais.

Portanto os estudos da AED devem ser ampliados no Brasil para ter cada vez mais aplicações no ordenamento pátrio e nas decisões dos magistrados, para que a eficiência não seja esquecida no momento de distribuir seja por via de lei ou por decisão judicial, riqueza entre os cidadãos, quando não for possível, como ensina a AED deixar que as partes negociem livremente seus interesses sem a ineficiente intervenção do moroso e dispendioso aparato estatal. Como ensina Gonçalves (1999, p. 211):

Tanto na fase elaborativa da norma quando da aplicação judicial ao caso concreto pode ser adotado critério de eficiência e de otimização da riqueza conformes à conduta individual e à distribuição dos direitos, instrumentalizando-se, o Direito, para uma realidade evidentemente economicista no proceder do homem que, se não atua, totalmente, segundo os ditames do *homo oeconomicus*, tem, na racionalidade deste, teorização capaz de justificar o comportamento social com excelentes possibilidades em relação às outras ciências sociais.

Por sua vez Timm (2014, p.11) leciona que:

Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano. É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas.

Sem olvidar de considerar o a inclusão social em seus cálculos econômicos os operadores do Direito, devem buscar a eficiência nas relações jurídicas para garantir o desenvolvimento econômico com responsabilidade social. Nesse sentido lecionam Gonçalves e Stelzer:

Dadas as restrições materiais, escassez, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos e; mediante a difusão do tratamento equitativo aos iguais e um tratamento diferenciado aos desiguais, promover-se-á justiça, em perspectiva econômico-jurídica, ao serem difundidos incentivos para a ação socialmente desejada e obstáculos para a insanidade egoísta. [...] Ao Direito compete indicar as medidas de política jurídico-econômica próprias para a justiça econômica, segundo o PEES, adequadas para a apreciação teórico-jurídica do mundo real, sob pena de esterilidade da lei. Em situação ideal de mercado Líbero-Social, maximizada resultará a utilidade dos escassos recursos e será verificada justiça se forem associadas as ideias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação racional da riqueza e respectiva compensação daqueles que sofrerem externalidades advindas do processo econômico de mercado-social, respeitando-se, definitivamente, o outro – alteridade.

A AED, como restou explanado encontra seu principal pano de fundo no Direito norte-americano. Mais tarde aparece timidamente no mundo acadêmico brasileiro. A maioria dos trabalhos existentes sobre este método de análise são de Direito Civil, Administrativo e Empresarial consequentemente, a aplicação deste método a outros ramos do direito é necessária. No entanto, como leciona o próprio Posner (2010, p. 23) a adaptação da AED aos ordenamentos jurídicos que estão em um grau de desenvolvimento diferente do norte-americano requer que

seja respeitada a realidade jurídica e social do país em que se inserindo, pois, a proteção de alguns direitos pode ter maior relevância no cenário em questão. Por isso, é necessário ter em conta que o método da AED é um método com defeitos e detratores, assim como são os amplamente difundidos e confiáveis métodos dogmático e comparativo.

Ou seja, a Análise Econômica do Direito é um método que surgiu recentemente, não havendo registros muito antigos no nosso país, portanto, ao procurar fontes de informação, devemos estar atentos para encontrar autores que tenham real conhecimento do estudo da eficiência como instrumento do Direito, pois como ensina Porto (2013, p. 15):

[...] o termo eficiência é comumente associado ao dinamismo da iniciativa privada, ao empreendedorismo do mundo dos negócios, e essencialmente à ideia de riqueza. No entanto, em uma acepção mais geral, o termo eficiência refere-se apenas à otimização de alguma medida de valor. Face à realidade da escassez de recursos, podemos, por exemplo, ser levados a preferir as opções que extraem do uso dos fatores de produção o máximo de produtividade. Podemos eleger um valor, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, e, por considerá-lo importante, buscar opções que tenham como resultado a maximização deste valor. Neste sentido, o termo eficiência designa apenas uma regra de maximização.

A este respeito, deve-se registrar que a AED pode ser aplicada a todos os ramos do Direito. Uma vez que a eficiência econômica deve ser buscada em todos eles, seja na doutrina, na jurisprudência, nos princípios gerais de Direito, ou nas leis, posto que nenhuma fonte de Direito está fora do alcance da AED.

A eficiência, portanto, é importante e constitui um critério central para as Ciências Jurídicas. Sendo a AED uma disciplina precursora, no sentido de ser a primeira a analisar formalmente o Direito com o instrumental teórico-analítico da Ciência Econômica, de modo a entender fenômenos que até então não haviam sido estudados pela ótica da eficiência. Como escreve Goldberg (2007, p. 46):

Leva recente de trabalhos começa a introduzir, no Brasil, o debate em torno das diferentes teorias da justiça e dos movimentos que pretendem, sobretudo na tradição anglo-saxã, edificar fundamentos normativos para o direito, a exemplo da abordagem econômica do direito (*law and economics*). Em geral, os trabalhos acadêmicos que tratam dessa literatura concentram-se nos campos da filosofia do direito ou do direito econômico (regulação e concorrência). A ligação entre um e outro campo do conhecimento, contudo, ainda é pouco explorada, o que acarreta alguns equívocos. Talvez o mais grave e frequente seja o que assevera o vazio moral do conceito de eficiência. Segundo essa visão, ao contrário do que sucede com noções de justiça e igualdade, que teriam lugar cativo no rol das finalidades últimas do direito, a eficiência seria, apenas e tão-somente, instrumento menor, desprovido de sentido moral ou normativo. Ao contrário do que se imagina, no entanto, as

escolas que buscam na eficiência (ou maximização de riqueza) o fundamento último das políticas públicas derivaram, em sua origem, de longa tradição em teoria moral, que busca no bem-estar dos supostos beneficiários das escolhas públicas a única justificativa possível para sua formulação. Teorias que buscam no bem-estar (individual, social ou agregado) a razão última para qualquer política pública partem da intuição de que qualquer alocação deveria preocupar-se com o efeito concreto sobre o nível de satisfação das pessoas.

Nesse contexto, o crescente reconhecimento da importância de serem tratados, pelos operadores do Direito, determinados temas econômicos cuja compreensão é útil, se não indispensável, para se atingir a eficiência, faz com que o uso de ferramentas econômicas para estudar as consequências de um sistema jurídico normativo, ou seja, o uso da Economia pelo Direito, não seja visto como algo depreciativo ou desumanizante.

No entanto, fato é que no Brasil a “visão” que os operadores do Direito têm da realidade é muito mais sociológica que econômica. Porém, o fato de vivermos em uma sociedade com recursos escassos e desejos de consumo ilimitados, faz com que os estudos relacionados a análise econômica das regras e das instituições tenham papel essencial a desempenhar na compreensão dos fenômenos econômicos, jurídicos e sociais. Nesse sentido leis e contratos relacionados as mais variadas áreas do Direito como o Direito Ambiental, Civil e até mesmo Penal, podem ser objetos de estudo da AED no Brasil, como já é em diversos países de tradição consuetudinária e até mesmo positivistas. Nesse sentido lecionam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 12):

Diferentemente do que ocorre em outros países, no Brasil a produção acadêmica sobre o assunto é bastante restrita. Muito embora a relação entre estes ramos do conhecimento seja bastante evidente, infelizmente sua abordagem analítica tem sido estanque, com prejuízo para o entendimento de fenômenos multifacetados. Isso pode ser constatado nos cursos de economia nas faculdades de direito, bem como nos cursos de direito nas faculdades de economia, que têm refletido essa visão fragmentada e, na maior parte das vezes, pouco estimulante para os alunos.

Quanto às possíveis formas de fomentar o avanço da disciplina, vários autores começam a falar sobre a necessidade de desenvolver mais trabalhos com conteúdo empírico, estender a análise ao estudo da legislação e não limitar às decisões judiciais e expandir o alcance da AED para áreas não-econômicas, como o Direito de Família por exemplo. Nesse sentido leciona Timm (2014, p. 11):

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de

fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas. Assim, o objetivo do presente livro é servir de um primeiro guia aos juristas e economistas brasileiros acerca de como essa abordagem pode ser útil nas mais diversas áreas de atuação. É exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto e suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual.

Do exposto, conclui-se que, o crescimento da AED no Brasil passa por demonstrar para os operadores do direito das mais diversas áreas que não é necessário definir apenas algumas áreas nas quais seria permitido usar o instrumental da Economia tradicional, mas sim definir os limites dentro dos quais os critérios econômicos podem ser aplicados em qualquer âmbito jurídico, visando dar eficiência à busca por justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se trata de comportamento humano, o avanço da interdisciplinaridade do estudo e da interação entre as mais diversas áreas de conhecimento é fundamental. Seres humanos são guiados por paixões e emoções. A razão, no entanto, é uma conquista essencial para a espécie, posto que todos queremos tudo, mas os recursos são limitados, a vida consiste justamente em fazer escolhas diante de possibilidades restritas. Assim como outras áreas interdisciplinares de conhecimento como psicologia, sociologia, antropologia, matemática, administração, etc. A partir deste estudo monográfico restou demonstrado que a Ciência Econômica tem muito a oferecer para os operadores do Direito, com seu instrumental teórico-analítico muito vasto e de relevante utilidade para o mundo jurídico. O Direito e a Economia, portanto, devem ter expandidos e aprofundados os estudos sobre sua interação mútua. E, como foi explanado, a AED se propõe a fazer, sendo uma forma de estudar o Direito e suas instituições com base nos métodos da teoria microeconômica como, racionalidade individual, custos de transação, e ótimos de eficiência busca analisar as regras jurídicas tendo em mente o comportamento econômico dos agentes.

Um dos grandes obstáculos que a AED enfrenta, como se viu, é o debate que trata da escolha do critério da maximização de riqueza, como objetivo a ser alcançado pelo Direito em detrimento da equidade ou justiça. Neste aspecto, constatou-se que, a presumida incompatibilidade entre maximização da riqueza e justiça social é apenas aparente, pois conforme o exposto não há como conquistar ganhos reais para a coletividade sendo ineficiente. Em outras palavras, a AED, sobretudo a tradicional Escola de Chicago, deixa claro que “fazer crescer o bolo” não necessariamente irá fazer com que todas as parcelas da sociedade ganhem, mas, sendo a escassez um fato, em um mundo onde os recursos são limitados e os anseios de consumo ilimitados, não fazer, necessariamente fará com que a sociedade não ganhe. A ineficiência, entendida como desperdício de recursos escassos, é um dos principais problemas que assolam o cotidiano jurídico brasileiro, seja na quantidade de matérias legisladas e levadas ao litígio, ou na falta de conhecimento econômico básico dos legisladores e juízes. Conforme restou explanado no corpo deste trabalho, o critério econômico da eficiência, portanto não é conflitante com o critério de justiça, ao invés disso, é instrumento essencial para termos um Estado Democrático de Direito que garanta a liberdade dos indivíduos e o desenvolvimento humano.

Em tal contexto, optou-se por tratar no primeiro Capítulo, como se originou o estudo interdisciplinar da dicotomia Direito e Economia, em específico, no condizente ao papel do

Estado como garantidor da justiça e regulador da atividade econômica. Abordou-se, em um primeiro momento, a visão determinista marxista, na qual o Direito é apenas instrumento de poder econômico, intercedendo, portanto, em favor do total dirigismo estatal na atividade econômica. Posteriormente abordou-se a visão integracionista de Stammer, na qual Direito e Economia são forma e conteúdo da atividade social, tendo o Estado o papel de harmonizar as regras jurídico-econômicas na busca pelo justo. Por fim, demonstraram-se o Direito Econômico, como ramo do Direito que visa analisar e interpretar a atuação estatal na realidade econômica, seja como regulador ou como agente, intentando aperfeiçoar tal atuação. E a AED como método de utilização pelos operadores do Direito do instrumental da Ciência Econômica para buscar a eficiência do sistema jurídico.

Estudaram-se, no segundo Capítulo, as principais Escolas da AED, com destaque para a Escola Tradicional de Chicago que como se viu é o enfoque de pensamento que dominou o movimento de Direito e Economia, principalmente até a década de 80 com Richard Posner como seu maior expoente. Diferindo das outras Escolas pela utilização da eficiência econômica como critério fundamental para o Direito. Enquanto que, por sua vez, a Escola Neoinstitucional traz o fato de que as instituições já existentes condicionam a livre escolha dos agentes, tendo o Estado que intervir para melhorar o potencial de maximização de riqueza dos cidadãos. Já a teoria da *Public Choice* ou Escolha Pública, traz como objeto de estudo a tomada de decisão governamental, ou seja, como que o Estado pode maximizar o bem-estar da coletividade. E, por fim, restou explanada a *Critical Legal Studies* ou Estudos Jurídicos Críticos, que não sendo propriamente uma Escola, são o conjunto de críticas ao “economicismo” no Direito trazido pela AED.

Por fim, cuidou-se no terceiro Capítulo da pesquisa sobre a AED no ordenamento pátrio, analisando como está o estudo da disciplina no Brasil, bem como sua aplicação no nosso Sistema Jurídico. E, quais as perspectivas de avanço e crescimento dessa área do conhecimento interdisciplinar tão importante para se conseguir um Estado de bem-estar social com o menor custo possível ao cidadão brasileiro.

Conclui-se, de tal modo, que uma vez que as tentativas político-legislativas de influenciar a realidade econômica nem sempre alcançam o efeito esperado, posto que, por vezes, falta conhecimento técnico-econômico para os agentes que, na maioria dos casos, sequer levam em consideração o fato de que os recursos são escassos e a realidade econômica responde a incentivos e desincentivos por vontade própria. O Direito tem o dever de apreender a racionalidade econômica para diminuir a ineficiência das operações jurídico-econômicas. Pois, a aparente diferença de propósitos entre Direito e Economia, com o Direito ocupando-se de

temas relacionados à justiça, ao passo que a Economia com a busca da eficiência, cai por terra quando se percebe que a ineficiência em um mundo de recursos escassos, mormente considerada a PEES é sempre injusta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.57.

BUCHANAN James M. y TULLOCK Gordon. **El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional**. Traducción de J. Salinas Sánchez (Espasa-Calpe, Madrid, 1980).

BULLARD, Alfredo. **DERECHO Y ECONOMIA: EL ANALISIS ECONOMICO DE LAS INSTITUCIONES LEGALES**, Palestra Editores S.R.L., primera edición, agosto, 2003, pág. 37.

CACHANOSKY, Juan C., “Economía, derecho y el ‘Análisis económico del derecho’”, Hispanic American Center for Economic Research - HACER. Disponível em <http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf> Acesso em: 11/04/2017.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts**. 70 Yale L. J. 499,1961.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**, The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies: Vol. 3: N°. 1, Article 9, 2008. Disponível em: <http://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls> Acesso em: 11/05/2017

COELHO, Cristiane. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd> Acesso em: 25/08/2018

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Law and Economics**. Harper Collins Publishers, 1988.

DUXBURY, N. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Claredon Press, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação?** In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Martonio Mont´Alverne Barreto Lima (orgs.). **Diálogos Constitucionais – Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GODOY, Arnaldo S. M. **Direito & Utopia em Roberto Mangabeira Unger**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOLDBERG, Daniel K. **Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário: Welfarismo em um Mundo Imperfeito**. In: IPEA. **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Lucia Helena Salgado, Ronaldo Seroa da Motta, editores. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq07_Cap03_20.pdf Acesso em: 25/08/2018

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade a ordem constitucional economica brasileira de 1988. 1997.** 390f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciencias Juridicas. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450> Acesso em: 12/07/2018

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. **O Direito Econômico: Extraordinário Instrumento de Desenvolvimento.** In Anais do XVIII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. Maringá, PR. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009. V. 5. P. 2727-2761. ISBN 978-85-7840-023-1. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1223.pdf Acesso em: 21/09/2017

_____. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial.** In Revista Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014. Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSN 2177-7055 Disponível em <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261.pdf> Acesso em: 30/08/2018

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade: O Direito Transformado em Dispositivo pela Análise Econômica do Direito.** Tese (Doutorado em Direito). 360 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2016.

HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica.** In Anais do CONPEDI, Direito e Economia, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>. Acesso em: 30/08/2018

KLEIN, Vinícius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). **O que é Análise Econômica do Direito.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2001.

LEGUIZAMÓN, William Acosta. **Derecho constitucional económico.** 2. ed. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.

_____. **Teorías y doctrina sobre las relaciones del derecho con la economía desde la perspectiva histórica.** Revista Contexto, (21), Universidad Externado de Colombia, 2007.

LEVI, Margaret. **Uma lógica de mudança institucional.** Dados, Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, IUPERJ, v. 34, n. 1, 1991.

MARCH, James G; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações.** Tradução: Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: USAID, 1967.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. **Economia: Fundamentos e Aplicações.** São Paulo: Pentrice Hall, 2004.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism.** Princenton University Press, 1999.

MINDA, Gary. **Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995. Disponível em: <https://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com/2010/05/critical-legal-studies-e-analise.html>. Acesso em: 23/08/2018

OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso. **Aplicações da análise econômica do direito**. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010. Anais dos XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: UFCE, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>. Acesso em: 14/06/2018

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Monografia Jurídica: orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso**. 3.ed.rev e aum. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PARISI, Francesco. **Escuelas positivas, normativas y funcionales en el Análisis Económico del Derecho**. Ius Et Veritas, Módena, p.16-29, 2010. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12108/12674>. Acesso em: 25/08/2018.

PORTO, Antônio José Maristrello; GRAÇA, Guilherme Mello (Colab.). **Análise econômica do direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_2013_2.pdf. Acesso em: 12/05/2015.

POSNER, Richard. **The law and economics of contractual interpretation**. In Texas Law Review, Vol. 83, N. 06, 2005. Pg. 1583.

_____. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. **El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo** – trad. Enrique Pasquel. Revista de Economía y Derecho, v. 2, nº. 7, 2005.

_____. **A economia da justiça**. Traduzido por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. 1ª Ed., 2007.

ROEMER, Andrés. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994

ROUSSEAU, Stephane; MACKAAY, Ejan; **Análise Econômica Do Direito**. tradução Rachel Sztajn 2. ed. Sao Paulo: Atlas, 2015.

SAAVEDRA Velazco, Renzo E. **La relación entre el Derecho y la Economía: Breve itinerario sobre el surgimiento del Law and Economics**. en Ius360, publicado el 6 de mayo

del 2015. Disponível em: <http://ius360.com/columnas/las-escuelas-del-analisis-economico-del-derecho-hacia-la-necesidad-de-diferenciar-perspectivas/> Acesso em: 20/08/2018

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Estado Democrático de Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12155>>. Acesso em: 7 nov. 2017

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito: Proposições Legislativas e Políticas Públicas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2014 (Texto para Discussão nº 157). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 15/07/2018 Acesso em: 6 out. 2017.

TIMM, Luciano (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2ª edição. Atlas, 01/2014.

TRUBEK, David y Dezalay, Yves. **La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales**. en *Pensamiento Jurídico*. 1994.

TUSHNET, Mark. **Critical Legal Studies: A Political History**. The Yale Law Journal, vol. 100 núm. 5, 1991.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The Critical Legal Studies Movement**. Harvard: Harvard University Press. 1983.

VARELA, Antunes. — **Formas do Intervencionismo na Economia — in NOMOS**, Revista dos Cursos de Mestrado, Ano 2, nº 2, Fortaleza, Ceará, 1980.

ZÚÑIGA ROMERO, Carlos, **Manual de Derecho Económico**. Guayaquil. Fondo Editorial de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2008. Disponível em: <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2008/07/mp-manual-derecho-economico.pdf> Acesso em: 25/08/2018

ZYLBERSZTAJN, Décio et SZTAJN, Rachel (orgs.), **Direito & Economia — Análise Econômica do Direito das Organizações**. São Paulo: Campus, 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26235-26237-1-PB.pdf> Acesso em: 21 ago. 2018